التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة

بحث مقارن

الشيخ علي الخفيف



المؤلفات الكاملة للشيخ علي الخفيف

٢٥٣ علي الخفيف.

ع ل ت ص التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة: بحث مقارن/ علي الخفيف.- القاهرة: دار الفكر العربي، ١٤٣٠هـ = ٢٠٠٩م.

٢٤٠ص؛ ٢٤ سم.

يشتمل على إرجاعات ببليوجرافية.

تدمك: X - ٢٤٦٨ - ١٠ - ٩٧٧.

١- الالتزام ٢- المعاملات (فقه إسلامي).

أ- العنوان.

جمع إلكترونى وطباعة



التنفيذ الفنى

حسن الشريف

رقم الإيداع	٢٠٠٩/٣٤٥٢

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله الذي أرسل إلينا رسوله بالهدى والدين الحق والشرع المبين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المرشد الهادي الصادق الأمين، وعلى آله وأصحابه الهادين المهتدين.

وبعد،،،

فهذه محاضرات في التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة ألقيتها على طلبة قسم الدراسات العربية العالية في ١٩٦٣ - ١٩٦٤م أرجو أن تكون خالصة لله نافعة للطلبة موجهة لهم في دراستهم وبحوثهم وجهة رشيدة نافعة بها تنضج آراؤهم وتثمر أبحاثهم ويتسع أفقهم فتفيد منهم أمتهم إنه سميع مجيب.

علي الخفيف



ما للإرادة من سلطان

في الفقه الوضعي:

اتفقت كلمة المشترعين على اختلاف مذاهبهم ونحلهم على أن للإرادة سلطانًا، وعلى هذا قامت جميع الشرائع والقوانين، سماوية كانت أو وضعية. وما ثار من خلاف فيه لم يتجاوز تحديد ما لها من سلطان وتحديد مجاله. وليس يعنينا الآن أن نعرض لهذا الخلاف ونشأته وتطوره وما اشتجر بين أربابه من جدل ونقاش؛ لأن ذلك لا يعدو في حاضرنا أن يكون عرضًا تاريخيًّا لا يعني به إلا من يتصدى لدراسة ما للإرادة على وجه العموم من سلطان في التشريع دراسة عامة شاملة وذلك ما لا نقصد إليه وليس غاية لنا. وإنما الذي يعنينا أن نسجل في هذا المقام ما انتهى إليه الباحثون في هذا الموضوع من نتائج ينبغي ألا تكون مثارًا لخلاف لأنها تتسم بالاعتدال وتضع الأمور في نصابها، وهاك هذه النتائج:

١- **في دائرة القانون العام.** ليس للإرادة سلطان. ذلك لأن الروابط الاجتماعية التي ينظمها هذا القانون إنما تحددها المصالح العامة لا إرادة الأفرد.

٢- **في دائرة القانون الخاص.** ليس للإرادة سلطان فيما يتعلق بقوانين الأسرة وما وضع لها من شرائع إلا بقدر محدود. ذلك لأنه ليس لها سلطان فيما يتعارض مع مصلحة الأسرة وقيامها كلبنة صالحة مستقرة من لبنات المجتمع. أما فيما عدا ذلك مما لا يمس مصلحة الأسرة والمجتمع فللإرادة فيه سلطان. فعقد الزواج مصدره الإرادة وكذلك ما يحويه من شروط لمصلحة أحد الزوجين مما لا يمس النظام العام للأسرة مصدره الإرادة أيضًا، وكذلك الوضع فيما يتصل بالأسرة من شرائع لا تمس النظام العام.

أما فيما يتعلق بالأموال والتصرف فيها فنرى لسلطان الإرادة نشاطًا ملحوظًا ظاهر الأثر غير أنه في الحقوق العينية أضعف منه في الحقوق الشخصية، فإن الإرادة - وإن كانت مصدرًا لكثير منها ولكثير من أحكامها - لا تستطيع أن تنشئ أو أن تحدث



فيها حقوقًا جديدة لم يعرفها القانون والفقه على ما في ذلك من خلاف. كما يلاحظ أن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا في مجال ضيق، ذلك لأن القانون هو الذي يتولى في الغالب بيان هذه الآثار وتحديد مداها لما لها من مساس بنظام المجتمع وصالحه.

أما في الحقوق الشخصية فللإرادة مجال أوسع.. فهي المصدر لأكثر هذه الحقوق وهي التي ترتب آثارها وتحدد مداها. وكان للإنسان في هذا المجال، أن يتعاقد إذا أراد وألا يتعاقد، وإذا تعاقد كان له أن يحدد شروط تعاقده وأن يصوغها بالوضع الذي يحقق إرادته، لا يتقيد في ذلك بأشكال خاصة وكان له أن ينهي عقده إذا أراد مراعيًا ما وضع لذلك من قيود تهدف إلى عدم المساس بحقوق غيره أو بمصلحة المجتمع. ومع ما للإرادة في هذا المجال من ذلك السلطان الواسع، فإنها مقيدة فيه بقيود النظام العام وقيود الآداب العامة وما يفرضه وجوب استقرار المعاملات وتوافر الطمأنينة إليها والتوازن بين القوى الاقتصادية ووجوب مراعاة الجانب الضعيف برفع الغبن عنه من قيود فرضها القانون استجابة لما استوجبته الدواعي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقواعد الخلقية. كذلك نرى أن فيما انتهت إليه بعض التشريعات من الاعتماد على الإرادة الظاهرة في إنشاء التعاقد مع مخالفتها للإرادة الباطنة إذا خالفتها تقييدًا لإرادة عدم التعاقد، كما أن فيما فرضته القوانين من مراعاة الظروف الطارئة تقييدًا لما يشترطه المتعاقدان في العقد من شروط، وكذا فيما أوجبه القانون في بعض العقود من شكل خاص لأسباب اجتماعية اقتضت ذلك تقييدًا لإرادة التعاقد.

وهكذا يرى أن سلطان الإرادة ليس سلطانًا مطلقًا في جميع مجالاته وإنما تحدده قيود كثيرة تقتضيها مصلحة الناس ومصلحة المجتمع. ذلك بأن سلطان الإرادة لم يكن له وجود ولا اعتبار إلا على أساس أن الاعتداد به يحقق مصلحة عامة لا يجوز إغفالها ولا إهمالها، فإذا ما انتهى الأمر في حالة من الحالات أو في ظرف من الظروف إلى عكس ذلك وجب عدم مراعاته استنادًا إلى هذا الأساس[1].

---

(١) راجع الوسيط للأستاذ السنهوري، ج١، ص١٤٧ وما بعدها، والنظرية العامة للالتزام لحجازي، ج١، ص٤٢ وما بعدها.

في الفقه الإسلامي:

ونريد أن نبين هنا أن ما انتهى إليه رجال التشريع الوضعي في سلطان الإرادة مما بيناه لا يختلف مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية أتت بما يؤيد سلطان الإرادة تأييدًا بينا واضحًا إذ أمرت بأن يكون المرء عند كلمته وعند عهده لا ينقضه ولا يخالف عنه، فقد جاء في سورة الصف: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (٢) كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ (٣) ﴾، وجاء في سورة المائدة: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ... (١) ﴾، وجاء في سورة الإسراء: ﴿ ...وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا (٣٤) ﴾، وجاء في سورة النحل: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَـٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَـٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ... (٩١) ﴾، وفي سورة الأحزاب: ﴿ وَلَقَدْ كَانُواْ عَـٰهَدُواْ ٱللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ ٱلْأَدْبَـٰرَ وَكَانَ عَهْدُ ٱللَّهِ مَسْـُٔولًا (١٥) ﴾. وفي ذلك آيات كثيرة.

كما وردت في الكتاب الحكيم آيات في مدح الوفاء بالعهد مثل قوله تعالى في سورة الرعد: ﴿ ٱلَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَلَا يَنقُضُونَ ٱلْمِيثَـٰقَ (٢٠) ﴾، وآيات أخرى في ذم الخُلْف وعدم الوفاء مثل قوله تعالى في سورة الرعد: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ ٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ مِيثَـٰقِهِۦ وَيَقْطَعُونَ مَآ أَمَرَ ٱللَّهُ بِهِۦٓ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ أُوْلَـٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوٓءُ ٱلدَّارِ (٢٥) ﴾، وأخرى في تأسيس المبادلات المالية على الرضا مثل قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ... (٢٩) ﴾ [النساء]، والتجارة ضرب من المبادلة.

وهذه على الجملة نصوص عامة تتناول العقود وغيرها من الوعود وكلها تنهى أن يرى الإنسان على خلاف ما قال ووعد، وهو إذا قال أو وعد فإنما يكشف بذلك عن إرادته، فكان ذلك إلزامًا لكل إنسان بما ألزم به نفسه حتى يكون عند قوله. وبمثل هذا جاءت السنة، فعن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «**أربع من كن فيه كان منافقًا خالصًا ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى**

يتركها: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»، رواه الشيخان. وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان»، رواه مسلم.

هذا، وليست الشريعة الإسلامية شريعة جديدة مستحدثة في جميع أحكامها، بل جاءت مقرة لكثير مما كان عليه تعامل العرب قبلها، إذ كان العرب كأية أمة أو مجتمع لهم حياة اجتماعية مدنية ذات ارتباطات سياسية وصلات اقتصادية وتعاقدات مدنية ومعاملات مالية، بقدر ما دعت إليها حالتهم الاجتماعية وكيانهم البدائي، فكانوا يتحالفون ويتبايعون ويتداينون ويؤجرون ويرهنون ويتَّجرون ويتزاوجون، وكانوا في جميع معاملاتهم وعقودهم واتفاقاتهم يصدرون عن إرادتهم خاضعين لأعراف وعادات جارية بينهم، فأقرت الشريعة كثيرًا منها وحرمت ما كان منها ضارًّا لا يصلح عليه حال المجتمع، وفي ذلك إقرار منها لما كان للإرادة من سلطان كانت تقوم عليه تلك المعاملات والاتفاقات، غير أنها لم تقرها إلا في حدود المصلحة الاجتماعية ورفع الجور والمحافظة على الحقوق وعدم الإضرار بالغير، وذلك بالبعد عن الغرر والخداع والغش والغبن الفاحش، وهذه قيود في سلطان الإرادة راعتها الشريعة الإسلامية حتى تكون قوانينها وأحكامها مؤدية إلى الغايات محققة للأهداف وافية بما قصد منها من أغراض، والنصوص الدالة على هذا التقييد كثيرة عديدة معروفة، مثل قوله تعالى: ﴿ ...وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ... ﴿٧٨﴾ ﴾ [الحج]، وقوله تعالى: ﴿ ...يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ... ﴿١٨٥﴾ ﴾ [البقرة]، وقوله في سورة المائدة: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ... ﴿٤﴾ ﴾، وقوله في سورة الأعراف في وصف النبي ﷺ: ﴿ ...يَأْمُرُهُم بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَىٰهُمْ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِى كَانَتْ عَلَيْهِمْ ۚ ... ﴿١٥٧﴾ ﴾، (الإصر: الثقل) وقوله فيها: ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّىَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْىَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ... ﴿٣٣﴾ ﴾ [الأعراف]، وقوله في سورة النحل: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ وَإِيتَآئِ ذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ ٱلْفَحْشَآءِ وَٱلْمُنكَرِ وَٱلْبَغْىِ ۚ ... ﴿٩٠﴾ ﴾.

فهذه الآيات وأمثالها تحد لسلطان الإرادة حدودًا لا يجوز تجاوزها، وهي حدود تهدف بها الشريعة الإسلامية إلى التيسير على الناس في التشريع وعدم التشديد عليهم وألا يكون فيه حرج عليهم، وأن يكون آمرًا بالمعروف وبما هو حسن طيب ناهيًا عن المنكر وعما هو خبيث أو فاحش، رافعًا عنهم ما أثقلتهم به العادات والأعراف الفاسدة مما لا يصلح عليه أمر المجتمع واضعًا عنهم أغلال التقاليد الباطلة محرمًا عليهم الإثم والبغي، وكلها أصول توجه التشريع الوجهة التي يتم بها صلاح المجتمع وسلامته.

فيما يتعلق بنظام الحكم:

وأنه ليرى أن التشريع الإسلامي حين عرض لنظام الحكم وإدارة مصالح الدولة وتدبير أمورها من نواحيها السياسية والمالية والاجتماعية اكتفى بوضع الأصول والمبادئ العامة التي يجب أن تتخذ أساسًا لتخير النظم الملائمة للأمم على اختلافها عصرًا وثقافة وعرفًا وبيئة؛ حتى يراعى في رسم ما يوضع لكل أمة نظام عاداتها وتقاليدها وما وصلت إليه من ثقافة ونضج ليكون النظام صالحًا لها محققًا ما يرجى منه - وهذا مما لا يجعل للإرادة سلطانًا في هذا المجال كما هو الحال في التشريع الوضعي - ومما جاء به الدين في ذلك وجوب طاعة أولي الأمر في غير معصية الله، ووجوب العدل والتسوية بين الناس، ووجوب نصب أمير وألا تكون الإمارة لأنثى إلى غير ذلك من أصول الحكم، وإذن فليس للناس أن يرتضوا حكمًا مطلقًا استبداديًا لا يقوم على عدالة ومساواة ومشاورة ولا أن يغيروا من أسس الحكم ولا مما توجبه تلك الأسس من نتائج وأحكام.

فيما يتعلق بالجريمة والعقوبة:

وكذلك يرى أن الشريعة حين عرضت للجرائم والمخالفات اكتفت فيها بذكر الأصول والقواعد التي تحدد الجريمة أو المخالفة وتركت تقدير العقوبات الزاجرة الرادعة إلى رأي الحاكم ليقدر ما يراه رادعًا زاجرًا بحسب ما يرى من ميول المجرم ونشأته وثقافته وبيئته، ولم تقدر عقوبة إلا لعدد محدود من الجرائم هي جرائم السرقة والزنا والقذف وشرب الخمر وقتل النفس والردة والفساد في الأرض لجسامة هذه

الجرائم وفداحة ضررها بالمجتمع واتصالها بكيانه، ولهذا لم يكن للإرادة سلطان في هذا المجال أيضًا فلم يكن للناس أن يتركوا الجرائم بلا جزاء أو أن يجعلوا الجزاء رهن إرادة المعتدى عليه فلا عقاب إلا بإرادته؛ لأن ذلك سبيل الفوضى والاضطراب.

فيما يتعلق بالحقوق والأموال:

أما في الأموال أو في الحقوق على وجه العموم فإن ما يتعلق منها بالأسرة كان له في نظر الشريعة الإسلامية من الأهمية والشأن ما استوجب أن تعني الشريعة بوضع الأنظمة له والحدود والأصول العامة والأحكام في كثير من الحالات، ولم تترك لسلطان الإرادة إلا دائرة تتسم بالضيق نسبيًا ولا تمس كيان الأسرة وحياتها ولكن تتعلق بأغراض الزوجين الشخصية التي تتجه إليها نفوسهم فجعلت لهم في هذه الدائرة أن يشترطوا من الشروط ما يحقق لهم رغباتهم على ألا تمس ما يراد للأسرة من صلاح وما يرجى منها من غايات وأعراض، كما جعلت أساس عقد الزواج وهو منشأ الأسرة خاضعًا لسلطان الإرادة حتى تتحقق الأدمة بين الزوجين وتدوم المحبة بينهما وأن جعلته شريعة واجبة عند توافر ما تتحقق معه غاياته، ولهذا عنيت الشريعة الإسلامية ببيان حقوق الزوجين وحقوق الآباء والأمهات والأولاد والأقارب والأنساب وما يجب أن تقوم عليه الأسرة من صلات البر والرحمة والتعاون والتضامن والتكافل والسكن، وكل ذلك كان بسبب أن الأسرة أساس المجتمع وبها قيامه، وأن صلاح المجتمع لا يكون إلا بصلاحها وبفسادها يفسد.

أما في الأموال فقد عنيت الشريعة ببيان أسباب الملكية وآثارها حتى لا تؤكل الأموال بالباطل ثم تركت ما عدا ذلك لسلطان الإرادة في حدود ما شرعته من الضوابط والقواعد العامة التي يجمعها قوله ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**» رواه أحمد. ولذا جاءت بأن يكون الرضا أساس المبادلة كما يدل عليه ما جاء في الكتاب الحكيم: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ... ﴿٢٩﴾ ﴾ [النساء]، وما روي عنه ﷺ: «**إنما البيع عن تراض**» رواه ابن ماجه.

ولذا جاءت الشريعة ناهية عن الربا وعن المبادلة فيما هو ضار كالخمر والخنزير، وفيما لا نفع فيه كالميتة والدم والأصنام، وعن المبادلة فيما هو مخالف للآداب العامة كالاستئجار على النواح واستئجار البغي، وعن بيع الغرر كبيع السمك في الماء وبيع الحيوان الضال وبيع ما هو معدوم لا أمل في وجوده وبيع اللبن في الضرع وبيع ما في بطون الأنعام وبيع الحصاة وهو أن يقول البائع للمشتري بعتك من هذه الأشياء ما وقعت عليه هذه الحصاة أو من هذه الأرض ما تنتهي إليه هذه الحصاة "ثم يرمي بها فيجب بذلك البيع"، وعن بيع الملامسة وهو أن يبنى البيع على لمس المبيع دون نظره، فإذا لمسه المشتري وجب البيع، وبيع المنابذة وهو أن يقول شخص لآخر أنبذك ما معي ليكون لك نظير أن تنبذ لي ما معك، وبيع المزابنة وهو بيع التمر في رءوس النخل بالتمر وبيع المخاصرة وهو بيع التمر قبل بدو صلاحه. كما نهت عن شراء الصدقات حتى تقبض وعن بيع الطعام حتى يقبض وعن تلقي الركبان وأن يبيع حاضر لمصلحة باد وعن النجش إلى غير ذلك مما يثير الخصومات ويولد البغضاء ويضر بالمجتمع ويوقع في الغرر.

ومن هذا يرى أن لسلطان الإرادة مجالاً واسعًا في الحقوق الشخصية وأن شأنه في الشريعة الإسلامية شأنه في الفقه الغربي، إلا أن قيوده في الشريعة في هذا الجانب أكثر ضيقًا وأنفى. ذلك لأنها راعت إلى ما سبق ما لم تراعه الشرائع الوضعية إذ راعت في حدوده وقيوده ما جاءت به الأوامر الدينية وما ترشد إليه القواعد الأخلاقية مما لم يكن له حظ في قوام الشريعة الوضعية.

وبهذا البيان نستطيع أن نقرر أن الشريعة الإسلامية تقرر أن سلطان الإرادة مصدر من مصادر الحق ممثلاً في العقد والإرادة المنفردة على ما سيأتي بيانه، وذلك لورود هذه النصوص السابقة وأمثالها عامة ناطقة بمبدأ عام هو وجوب التزام الإنسان بما ألزم به نفسه في حدود الجائز المباح، ولا يحول دون القول بذلك مجيء الكتاب أو السنة صراحة ببعض أحكام الالتزام وصلاحية نصوصهما الدالة على ذلك لأن تكون مصدر هذا الالتزام وأحكامه؛ ذلك لأنها إنما تعد مصدرًا بالنسبة إلى

ما تستحدثه من الأحكام والتي لم تكن معروفة من قبل. أما ما كان معروفًا ملزمًا ثم جاءت هذه النصوص مقررة له فسلطان الإرادة مصدره وإلا لكان كل ما نص عليه في القانون مصدره القانون، وعند ذلك لا يكون للتشريع مصدر سواه وليس ذلك بالسائغ المقبول.

غير أنا نجد من الفقهاء من تكلم على العقود وآثارها فصرح بأن العقود أسباب جعلية رتب عليها الشارع آثارها التي عينها وعددها فإذا وجد العقد باتفاق أراده العاقدين واجتماعهما على إنشائه ترتب عليه آثاره باعتباره سببًا ترتب عليه الشارع آثارًا ونتائج معينة جعلها مسببة عنه. وذلك وإن كان يحد من معنى سلطان الإرادة ويضيق من مجاله بما ليس له نظير في الفقه الغربي، إلا أنه لا يعدو أن يكون ضربًا من اختلاف الصياغة والتكييف دون أن يكون له أثر فيما قام عليه التشريع من أن للإرادة آثارًا قانونية تترتب عليها سواء كان ذلك الترتب ترتب أثر على مؤثر فيه أم ترتب مسبب على سببه.

الحق والالتزام:

لما كان موضوع دراستنا الإرادة المنفردة وما يترتب عليها من آثار نتيجة للتصرف المؤسس عليها، وكان من هذه الآثار كما سيأتي ما يطلق عليه اسم "الالتزام"، ومنها ما يطلق عليه اسم "الحق" اقتضانا ذلك أن نعرض للتعريف بالحق والالتزام.

التعريف بالحق:

يستعمل فقهاء الشريعة اسم الحق كثيرًا دون أن يعنوا ببيان حد له أو رسم، وذلك فيما وصل إلى يدي من كتبهم، وكأنهم رأوه واضح المعنى فاكتفوا بوضوح دلالته اللغوية "وهو في اللغة الأمر الثابت الموجود"، وعلى هذا الوضع استعملوه، فأطلقوه على كل ما هو ثابت ثبوتًا شرعيًا - أي بحكم الشارع وإقراره فكان له بسبب ذلك حمايته وصيانته؛ سواء أكان هذا الثبوت لشخص أم لعين من الأعيان، وسواء أكان هذا الثبوت ممثلاً لاختصاص أم لملك، وعلى هذا قالوا: من حقه أن يفعل كذا.

ومن حقه أن يتملك. ومن حقه أن يلي هذا المال. كما استعملوه بهذا الاعتبار فيما للإنسان من حظ ونصيب فقالوا هذا حق فلان. وهذه العين حق فلان. وفيما يجب للإنسان قبل غيره فقالوا لفلان حق قبل فلان. كما يرى أنهم أطلقوه أيضًا على العين وعلى المنفعة سواء كانت مالية أم أدبية، وعلى المال سواء كان عقارًا أم منقولاً، وعلى مرافق العقار كحق الشرب وحق المسيل وحق المرور وحق المجرى وحق التعلي، وعلى حقوق الجوار وذلك لما في هذا من معنى الاختصاص والملك، ويجمع هذه الإطلاقات ويتناولها جميعًا معنى الحق في تعريفهم للدعوى: بأنها قول مقبول عند القاضي يقصد به الإنسان طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه، وكذلك معناه في تعريفهم الإقرار بأنه إخبار الإنسان عن حق عليه لغيره فإن هذا الحق قد يكون منفعة وقد يكون عينًا، عقارًا أو منقولاً، وقد يكون غير ذلك كحق الولاية على المال وحق الحضانة وحق الشفعة وما إلى ذلك. واستعمالهم اسم الحق هذا الاستعمال في هذين التعريفين يتفق إلى حد ما مع ما عرف به في الفقه الوضعي من أنه مصلحة أو منفعة لشخص يحميها له القانون. فإن الدعوى لا تقوم إلا على مصلحة للمدعي،والمقر إنما يقر بمصلحة للمقر له.

وقد ذكر الشيخ عبد العزيز البخاري[1] أن الحق هو الموجود من كل وجه الذي لا ريب في وجوده. وذلك كما هو ظاهر بيان لغوي له لا بيان اصطلاحي. وجاء في كتاب تبيين الحقائق للزيلعي "الحنفي" أن الحق ما استحقه الإنسان.

ويظهر لي أنه يريد بذلك ما استحقه الإنسان على وجه يحميه له القانون فيمكنه منه أو يدفع غيره عنه، وذلك كما يظهر هو ما يراد بالحق في تعريف الدعوى السابق الذكر، وهذا البيان يجعله قريبًا جدًّا مما عرف به في الفقه الغربي.

وتعريفه بذلك يجعله أعم من أن يكون عينًا أو منفعة.

---

(١) شرح كشف الأسرار على أصول البزدوي، ج٣، ص ٢٥٤.

ونرى مع هذا أن الفقهاء قد يطلقون الحق في مقابلة الأعيان، وهذا إطلاق آخر لعل الأساس فيه أن غير الأعيان لا قيام له بذاته في الخارج وإنما يتميز ويتعين بإضافته إلى غيره واختصاصه به فأطلقوا عليه اسم الحق مراعاة لذلك الاختصاص.

وهذا المعنى هو أساس وصفه عند الحنفية بأنه ليس بمال؛ لأن المال في نظرهم لا يكون إلا عينًا قائمة بنفسها، وهو أيضًا أساس استعماله في آثار العقد فقالوا: حقوق العقد ولا يريدون إلا آثاره مما يضاف إليه ولا يعد مادة أو أنه قد روعي في هذا الإطلاق أنها مصالح تثبت للعاقدين بناء على عقدهما. وعلى الأساس السابق أيضًا قالوا: حقوق العقار، ويريدون به مرافقه وما إلى ذلك مما يعد منفعة تستوفى من الأعيان، وهذه الاستعمالات تدل على عموم معناه عند الفقهاء الإسلاميين وأن أساس استعماله عندهم هو معناه اللغوي الذي يتحدد بالمقام الذي استعمل فيه.

وعلى ضوء ما تقدم من بيان نستطيع أن نقول أن الحق الذي يثبت العاقد بناء على عقده أو الذي هو نتيجة للإرادة وجعلت الدعوى حماية له يراد به في إصلاح الفقهاء الإسلاميين ما كان مصلحة لها اختصاص بصاحبها شرعًا، وعلى هذا الأساس استعملوه في الدعوى والإقرار وذلك ما لا يختلف عن معناه في الفقه الغربي.

الحق في القانون:

اختلف رجال القانون في نظرهم إلى الحق فمن نظر إلى موضوعه عرفه بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها. ومن نظر إلى صاحبه عرفه بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معين معلوم، ومن راعى النظرين عرفه بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصًا من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر.

وتعريفه بهذا يجعله قاصرًا على الحقوق الثابتة للناس بعضهم قبل بعض بمقتضى القانون، وهو بهذا المعنى يرى أنه لا يتناول ما توجبه الأخلاق وآداب

السلوك والتقاليد الموروثة مما ليس كذلك ولا يتعرض له القانون. كما لا يتناول أيضًا ما يسمى بالمكنات أو بالرخص مما قد يطلق عليه اسم الحق أيضًا في لسان فقهاء الشريعة إطلاقًا أساسه ما سبق بيانه، إذ قد تبين مما سبق أنهم في استعمالهم هذا الاسم لم يلتزموا معنى إصلاحيًا خاصًا بهم؛ ولذا نراهم يقولون: للإنسان حق التعاقد وحق التملك وحق الاستئجار وحق التصرف وحق الحياة وحق الحرية في القول وذلك بإبداء رأيه ونحو ذلك مما قد يعد مكنة أو إباحة يسمح بها القانون في نطاق الحقوق العامة ولا يعد حقًّا في اصطلاح رجاله وإنما يطلقون على بعضه اسم الرخصة.

الرخصة والحق المنشئ:

وكذلك لا يتناول فيما يراه بعض رجال القانون نوعًا آخر من الحقوق يرونه في منزلة وسطى بين الرخصة والحق، وهو عندهم أعلى من الرخصة وأدنى من الحق، فالشفيع في عقار معين يملك ما يشفع به، وملكيته لهذا العقار الذي يشفع به حق لا خلاف في ذلك، وله كذلك بمقتضى أن له ذمة مالية حق أن يتملك على وجه العموم، وهو إباحة أو حق عام لا يختص به دون غيره ولا يتعلق بشيء معين، وهذه رخصة في اصطلاح رجال القانون - وله بمقتضى أنه شفيع حق تملك العقار المشفوع فيه رغم أنف مالكه إذا ما أراد وهذا حق تملك خاص يثبت لمن له ملك حصة في العقار المشفوع فيه، أو لمن قام به سبب من أسباب الشفعة ويختص بعقار خاص؛ ولذا يرى أنه أعلى من الرخصة لما يرى فيه من اختصاص بصاحب معين ولما يترتب عليه عند استعماله بمقتضى الإرادة المنفردة من إنشاء حق الملكية، ولكنه مع ذلك أدنى من حق الملكية إذ ليس له آثارها قبل استعماله من الانتفاع والتصرف، وهذه الأنواع الثلاثة لا يمتنع عند الشرعيين إطلاق اسم الحق عليها خلافًا لفقهاء الغرب -.

ومن هذا القبيل حق المشتري قبل قبوله البيع وبعد أن يوجه إليه الإيجاب. فإن له عندئذ حق تملك المبيع فعلاً - بقبوله -.

وحق الوارث في تملك التركة المستغرقة بالدين عند الحنفية إذ له حق تملكها بوفاء دينها.



وحق الشريك في الدين في تملك ما يوازي حصته مما يقبضه شريكه الآخر وفاء لحصته في الدين أو لبعضها، فإن ما يقبضه عندئذ ملك له خاصة ولا يعد فيه وكيلاً عن صاحبه إذا لم يوكله في القبض، ولذا يملكه بقبضه، ومع ذلك يكون لشريكه أن يشاركه فيما قبض بنسبة حصته في الدين فيملك منه بقدر ذلك بإرادته المنفردة رغم أنف شريكه القابض.

وحق أحد العاقدين في فسخ عقد البيع بخيار الشرط ليتملك بذلك ما خرج عن ملكه من مبيع أو ثمن. عند أحمد.

وحق المشتري في فسخ عقد البيع بخيار الرؤية عند الحنفية أو بسبب العيب ليتملك به ما أداه من ثمن.

وحق الواهب في أن يرجع في هبته فيعود إليه ملك ما وهب برضا الموهوب له أو بقضاء القاضي عند الآباء.

وحق الموصى له في تملك الوصية بعد وفاة الموصي مصرًّا على وصيته، وما أشبه ذلك.

ويقوم استعمال هذه الحقوق كلها على الإرادة المنفردة[1].

فهذا النوع من الحقوق لا يسميه بعض رجال القانون حقًّا وإنما يطلقون عليه اسم الحق المنشئ وقد أشار إلى هذا النوع من الحقوق القرافي في فروقه[2]، ومن صنيعه يتبين أنه يميز بين أوضاع ثلاثة من الحقوق.

أولاً: وضع من ملك أن يملك أي من له أن يملك كمن له أن يتزوج ومن له أن يملك أربعين شاة مثلاً أو دابة وهذا لا يعد مالكًا لشيء من ذلك وإنما له رخصة التملك كما يعبر فقهاء الشريعة الوضعية وليست هذه الرخصة عندهم بحق بل هي تثبت لكل من له ذمة.

(١) راجع كتابنا، الحق والذمة، ص ١٤٢ أما عند الشافعي فلا يصلح مثلاً إلا فسخ المشتري ليعود إليه ملك الثمن إذ إن الخيار للمشتري لا يمنع ترتب آثار العقد عليه بخلاف الخيار للبائع.

(٢) الفروق للقرافي، ج٣، ص٢٠.

ثانيًا: وضع من يثبت له سبب يقتضي أن يتملك شيئًا معينًا كالشفيع عندما يبيع شريكه حصته أو عندما يبيع جاره ملكه. والشريك في الدين عندما يقبض صاحبه بعض هذا الدين وفاء لحصته أو بعضها والواهب عندما يريد الرجوع في هبته، فهؤلاء لا يملكون بمجرد ثبوت سبب حق التملك لهم، إذ الشفيع لا يملك العقار المشفوع فيه بمجرد بيع الشريك حصته، والشريك في الدين لا يملك شيئًا مما يقبضه صاحبه بمجرد قبضه، وهكذا. وإنما يتملكون بمباشرتهم فعلاً سبب التملك بإرادتهم المنفردة من قول أو قبض على ما هو مفصل في موضعه، وهذا ما يسمى فيما أشرنا إليه آنفًا بالمنزلة الوسطى وما يسميه بعض فقهاء الفقه الوضعي بالحق المنشئ وما يسمى في الشريعة الإسلامية بحق التملك، وهو كما يرى منزلة فوق رخصة التملك ودون حق الملكية - ولا يثبت هذا الحق إلا لمن قام به السبب.

ثالثًا: وضع من تملك بسبب من أسباب الملك كمن اشترى أرضًا، أو رجع في هبته أو قال تملكت بالشفعة أو قبض المشفوع فيه على خلاف في ذلك، وفي هذا الحال يثبت له حق الملكية[1].

وفي رأيي أن تعريف الحق في الفقه الوضعي سواء روعي فيه الاتجاه الشخصي فقيل أنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص في نطاق معلوم أم روعي فيه الاتجاه الوضعي فقيل أنه مصلحة يحميها القانون ينطبق على حق التملك فهو قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين وهو مصلحة له يحميها القانون وإذن فلا واسطة بين الحق والرخصة وإن كان حق التملك في وضعه في منزلة بين حق الملكية وبين الرخصة في التملك وذلك لا ينفي أنه في ذاته حق.

ومن هذا يرى أن من الحقوق على العموم ما يسمى في الشريعتين حقًّا وهو ما يقره الشرعان كحق الدين ومنها ما يسمى كذلك حقا في الشريعة الإسلامية ولا يسمى حقًّا في الشريعة الوضعية كحق الفقير في الزكاة قبل قبضها ومنها ما يعد حقًّا في الفقه الوضعي ولا يعد حقًّا في الشريعة الإسلامية كالفائدة الربوية التي يقرها القانون.

---

(١) راجع مصادر الحق، ج١، للأستاذ السنهوري، ص٥ وما بعدها.

ونحن إذ نجعل سلطان الإرادة مصدرًا للحق فإنما نريد بالحق ما يعد حقًّا لا مكنة ولا رخصة وهو ما كان فائدة ذات قيمة مالية كما أنه قد ينشئ سببًا يترتب عليه نشوء هذا الحق. كما في الجعالة أو الوعد بجائزة فإن هذا التصرف ينشأ بالإرادة المنفردة ولا ينشئ حقًّا ولكنه يعد سببًا لنشوء حق مالي لمن قام بالعمل.

التعريف بالالتزام:

لم يكن لكلمة الالتزام في الشريعة الإسلامية مسمى خاص اصطلح عليه فقهاؤها الأقدمون حتى كان ذلك يقتضيهم أن يعنوا ببيانه وأن يعقدوا له من البحوث ما تتميز به حقيقته ويتضح به وضعه وتنكشف به جوانبه ويتحدد مجال تطبيقه ومصادره وآثاره كما فعل ذلك علماء الفقه الوضعي إذا كانت نظرية الالتزام أهم مباحث الفقه الوضعي - وإنما كان استعمالهم لهذه الكلمة - إذا استعملوها - استعمالاً لغويًّا محضًا يحدد معناها عند استعمالها مكانها من الكلام ومقامها فيه وما احتف بها من قرائن.

وقد كثر استعمال هذه الكلمة في مؤلفات هذا العصر ودروسه ومحاضراته في الفقه الإسلامي على سبيل الاستعارة من الفقه الوضعي فكان لها في هذا الاستعمال معناها الاصطلاحي في ذلك الفقه وإن لم يكن من نتائج ذلك الاستعمال أن صارت اسمًا اصطلاحيًّا يدل في الشريعة على معنى خاص به تم الاصطلاح عليه فيها وكان موضوع بحث من بحوثها تناوله الفقهاء بالتعريف والتحليل والتأصيل والتفريع.

وللالتزام في الفقه الوضعي تعريفات عديدة تنتهي جميعها إلى أنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، أو أنه رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بالقيام بأداء يمكن تقويمه بالمال بقصد تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص آخر معين أو قابل لأن يعين يكون له بمقتضى هذه المصلحة أن يطالب بالتنفيذ اختيارًا أو قسرًا "دكتور عبد الحي".

وعلى ذلك كان الالتزام علاقة أو رابطة من روابط القانون بين شخصين دائن ومدين محله الأداء الذي يلتزم به المدين - وهو بالنظر إليه مجردًا عن الدائن مرتبطًا بالمدين وحده يكون عنصرًا سلبيًّا من عناصر الذمة المالية يسمى بالدين. وبالنظر إليه مرتبطًا بالمدين يكون عنصرًا إيجابيًّا من عناصر الذمة يسمى بالحق. وهو ما يطلق عليه اسم الحق الشخصي على أساس النظر إلى هذا الجانب - فنظرية الالتزام هي نظرية الحق الشخصي، وإنما اختلفت التسمية باختلاف جهة النظر، فبالنظر إلى جانب الدائن سمي حقًّا شخصيًّا وبالنظر إلى جانب المدين يسمى التزامًا.

ويلاحظ أن الالتزام في الفقه الوضعي لا يقبل فسخًا من جانب المدين الملتزم ولا ينقضي بوفاته ولكن تتحمله تركته أو ذمته. أما من جانب صاحب الحق وهو الدائن فإنه يقبل التنازل منه عنه كما يصير بوفاته عنصرًا إيجابيًّا من عناصر تركته، وعلى ذلك فإقدام الإنسان على الوعد بتبرع بمبلغ لشخص ما في نظير عمل لا يسمى التزامًا لجواز رجوع الواعد عنه. إذ لا يلزمه القانون بإرادته هذه كما لا يعد حقًّا للموعود به.

الالتزام في الشريعة:

ذلك تعريف إجمالي به في الفقه الوضعي، فإذا ما نظرنا إلى استعماله في الشريعة الإسلامية لاحظنا أنه يتناول عددًا من الروابط التي تتمايز بموضوعاتها وأحكامها تمايزًا لم ير معه فقهاء الشريعة الإسلامية إدماجها في وحدة تنتظمها جميعًا ويكون لها اسم خاص يدل عليها على الرغم من اشتراكها في بعض الأحكام. ذلك لأن اشتراكها في بعض الأحكام يصاحبه اختلافها في كثير من الأحكام الأخرى التي أعطيت لكل فرد منها، ومع هذا الاختلاف الذي لوحظ في أكثر أحكامها لم توجد داعية إلى التعريف بها تحت اسم أو عنوان واحد اكتفاء ببيانها متفرقة وبيان أحكام كل رابطة منها عند ذكر سببها الخاص بها. وإن لم يكن من العسير جمع كثير من أنواعه تحت أحكام مشتركة عامة يصح أن يطلق عليها اسم نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي.

فالالتزام في الشريعة قد يكون التزامًا بعين أو بالمحافظة عليها وقد يكون التزامًا بدين[1]، وقد يكون التزامًا بعمل، وقد يكون التزامًا بإسقاط، وقد يكون التزامًا بتوثيق وقد يكون التزامًا بغير ذلك، ولكل أحكامه.

فأما الالتزام بالعين فهو إما التزام بتسليمها نتيجة لتمليكها كما في عقود تمليك الأعيان مثل البيع أو نتيجة لتمليك منفعتها كما في الإجارة على منفعتها أو نتيجة لتمليك حق حبسها توثيقًا للدين كما في رهنها، كما يكون التزامًا مباشرًا بتسليمها كما في الكفالة بتسليم العين. وأما الالتزام بالمحافظة عليها فكما في الوديعة بالنسبة إلى الوديع والرهن بالنسبة إلى المرتهن.

وقد يكون هذا الالتزام ناجزًا وقد يكون مضافًا إلى زمن مستقبل كما في الإجارة المضافة، وقد يكون معلقًا على شرط كما في النذر والكفالة عند تعليقهما على الشرط. وأما الالتزام بالدين، فهو ما يعبر عنه في الشريعة الإسلامية بالدين وهو التزام محله الأموال المثلية في الكثير الغالب، وقد يكون في بعض الأموال القيمة في بعض الحالات وبخاصة إذا كانت متماثلة منضبطة كما هو جار في السلم.

ومصدر الدين وقد يكون عقدًا كالقرض والحوالة والكفالة والشراء بثمن مؤجل والسلم ونحو ذلك، وقد يكون مصدره استهلاكًا أو إتلافًا كما في الاعتداء على مال الغير بالإتلاف او بالغصب. وقد يكون مصدره القانون كما في النفقات والديات، وقد يكون مصدره استيلاء على مال بغير حق كما في أخذ مال على أنه حق ثم يظهر أنه قد أخذ بغير حق.

وأما الالتزام بالعمل، فإنه يكون في إجارة الأجير الخاص أو الأجير المشترك، وفي المضارب في عقد المضاربة، وفي المزارع في عقد المزارعة، وفي المساقي في عقد المساقاة، ويكون كذلك في الاستصناع غير أن الالتزام فيه التزام بعين وعمل.

وأما الالتزام بالإسقاط فيكون في الوقف يسقط به الإنسان ملكه والإبراء يسقط به الإنسان حقه.

---

(١) الدين: وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة بها يقتضيه شرعًا.

وأما الالتزام بالتوثيق فيكون في البيع بثمن مؤجل إذا اشترط فيه على المشتري أن يقدم رهنًا أو كفيلاً.

وهكذا يرى أن الالتزامات أو التعهدات في الفقه الإسلامي كثيرة متعددة وأن كل التزام منها قد بحث وفصلت أحكامه على حدة في محله دون أن يجمعها اسم واحد نظير ما فعل الفقه الغربي إذ جمعها تحت اسم "الحق الشخصي أو نظرية الالتزام".

ومن استعراض هذه الأمثلة يرى أن الالتزام في الشريعة لا يحمل معنى إلزام صاحبه به دائمًا. وأنه قد ينقضي بوفاته في بعض الأحوال، كذلك يرى من النظر فيما عرف به الالتزام في الفقه الغربي أن موضوعه لا يكون إلا متقومًا بالمال لأنه أداء يقوم بالمال بقصد تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص معين، وذكرنا أنه عند النظر إلى الملتزم المطالب بذلك الأداء يسمى دينًا، وعند النظر إلى صاحب المصلحة فيه يسمى حقًّا شخصيًّا، وعن هذا كان كل من الحق الشخصي أو الدين في الفقه الوضعي مالا وكان لذلك لا يقبل فسخًا ولا نقضًا من جانب الملتزم ولا ينقضي بوفاته بينا يصح لمن له المصلحة فيه أن يتنازل عنه كما يتنازل عن أي حق مالي له؛ وذلك ما انتهى إليه الرأي في الفقه الوضعي.

أما ما يستعمل فيه اسم الالتزام عادة في الفقه الإسلامي فإننا نرى من استقراء استعمالاتهم إياه التي أشرنا إلى بعضها آنفًا أن موضوعه لا يجب فيه أن يكون عملاً دائمًا يقوم به الملتزم بل قد يكون عملاً يقوم به لمصلحة شخص معين كما في الضمان، إذ إن الالتزام فيه منصب على أداء الدين المضمون للدائن أو لشخص غير معين كما في نذر الصدقة أو الوقف في سبيل الخير على العموم، وقد لا يكون عملاً بل أمرًا سلبيًّا كما في الالتزام بعدم رفع الدعوى في حق معين أو بعدم المطالبة بحق الشفعة.

وقد يكون محل الالتزام مالاً وقد لا يكون. فالالتزام بالمال أو بالدين موضوعه المال عند جمهور الفقهاء، ولذا كان مقومًا عندهم ولا يراه الحنفية مالاً حقيقة لأن المال عندهم ما أمكن إحرازه وادخاره لوقت الحاجة للانتفاع به ولا يدخر ويحرز إلا ما كان مادة، ولهذا سموه مالاً حكمًا وطبقوا عليه بعض أحكام المال.

والالتزام بالإسقاط كما في إسقاط حق الشفعة مثلاً أو إسقاط حق الكفالة لا يراه فقهاء الشريعة التزامًا متقومًا ولا يرون في موضوعه أنه معدود من الأموال.

وكذلك الالتزام بالعمل يراه بعضهم التزامًا بما يقوم بالمال وهؤلاء هم الذين يرون تقويم المنافع ويعدونها من الأموال ويراه آخرون غيرمقوم بالمال وهم من لا يعدون المنافع من الأموال كالحنفية.

وعلى ذلك يرى أن ما يستعمل فيه اسم الالتزام في الفقه الإسلامي قد يكون مالا وقد لا يكون مالا، ومن ثم لم يكن الحق عندهم من الأموال دائمًا، بل قد علمت أن من الفقهاء من يستعمل اسم الحق في مقابل المال كالحنفية ومن ثم قالوا إن الحقوق ليست من الأموال.

وكذلك يلاحظ أن الالتزام في الفقه الإسلامي قد يكون لشخص معين كما في الالتزام بالدين، وقد لا يكون كذلك كما في الالتزام بالنذر في بعض أحواله، ومن هذا يرى اختلاف النظر إلى الالتزام في الفقهين ومدى اختلافهما، كما يرى أن ما يطلق عليه اسم الالتزام في الشريعة قد لا يكون باتًّا كما في التزام المعير أمام المستعير والمقرض أمام المقترض، وكما في التزام تأجيل الدين في بعض أحواله؛ فالمعير عند جمهور الفقهاء لا يلزم بتسليم العارية إلى المستعير ولا بإبقائها لديه المدة المتفق عليها إذا ما عينا مدة للإعارة، والمقرض لا يلزم بدفع المال المطلوب إلى المقترض بعد الإيجاب والقبول عند الجمهور أيضًا، والدائن لا يلزم بالأجل الذي يمنحه المدين في القرض مثلاً عند الجمهور، وهذا بخلاف حاله في الفقه الغربي إذ يلزم الملتزم بالتزامه فلا يملك العدول عنه. وكذلك يرى أنه في الفقه الإسلامي قد ينقضي بوفاة الملتزم في كثيرمن الأحوال كما في التزام الناذر والأجير وما في معناه كالمساقي والمستصنع، بينما يرى أنه في الفقه الغربي لا ينقضي بوفاة الملتزم بل تتحمله تركته بعد وفاته.

هذا، ومما يلاحظ في هذا المقام أن المال أو التقويم به يختلف مداه في الفقهين؛ فالمال في الفقه الغربي ذو مدى واسع، ولكنه في الفقه الإسلامي أضيق سعة وأقل شمولاً، وعن هذا الاختلاف في معنى المال وشموله لا يتم لهذه الموازنة معناها

الدقيق من ناحية أن موضوع الالتزام قد يكون في بعض الأحوال واحدًا في الفقهين ولكنه مع ذلك يعد مالاً في الفقه الغربي ولا يعد مالاً في الفقه الإسلامي. فالتزام إنسان بألا يعرض سلعة في سوق معينة يعد مالاً في الفقه الغربي ولا يعد مالاً في الفقه الإسلامي.

طبيعة الالتزام:

لفقهاء الغرب مذهبان في الالتزام، المذهب الشخصي والمذهب المادي أو الموضوعي.

فأصحاب المذهب الأول يرون أن الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة بين شخصين هي رابطة سيادة وتبعية يخضع بموجبها المدين للدائن. وقد كان هذا الخضوع تامًّا في بداية الأمر عند الرومان إذ كان للدائن سلطان على حياة المدين وحريته فإن شاء استرقه وإن شاء أماته، ثم أخذ هذا السلطان يتناقص مع التطور حتى تلاشى بظهور المذهب المادي أو الموضوعي في الفقه الألماني إذ أخذ علماؤه ينظرون إلى الالتزام نظرة لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الحال في القانون الروماني بل تتعداها إلى محله مع اعتباره العنصر الأساسي فيه.

وهذه نظرة تجرده من الرابطة الشخصية حتى يصير عنصرًا ماليًّا أكثر منه علاقة شخصية، وبذلك ينفصل الالتزام عن طرفيه ويصبح شيئًا ذا قيمة مالية كالماديات يتداول في السوق كقيمة مالية - وقد كان تطور التعامل الاقتصادي وما تتطلبه وترتب عليه من سرعة تداول المال وتطور المعاملة وتنوعها سببًا في ميل الأنظار الفقهية الحديثة إلى هذا المذهب الثاني.

وهذا المذهب يتسق ويتساند مع نظرية الألمان في الذمة إذ إنهم ينظرون إليها من الناحية المادية ولا يربطونها بشخص صاحبها، فيرونها مجموعة من الأموال تتكون من عناصر إيجابية وأخرى سلبية وتتميز لا باستنادها إلى شخص معين بل بتخصيصها لغرض معين سواء استندت إلى شخص أم لم تستند، ويترتب على ذلك أن الذمة المالية

في رأيهم قد توجد دون شخص، وقد تتعدد لشخص واحد، بينما ينظر الفرنسيون إلى الذمة من ناحية شخصية متصلة بشخص صاحبها فلكل شخص ذمة واحدة في نظرهم، ولكل ذمة شخص تعلق به ولذا عرف أصحاب هذه النظرية الذمة بأنها مجموع الحقوق والالتزامات المالية التي يمكن أن تكون لشخص أو عليه في الحاضر أو المستقبل ولا ترتبط بوجود حقوق مالية له أو التزامات مالية عليه في وقت معين، وإنماترتبط بتوافر الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات المالية دون نظر إلى اكتسابها فعلاً أو في الحال بل تثبت لكل شخص بصرف النظر عن وجود عناصر حالية لها ما دام احتمال هذا الوجود قائماً بالنظر إلى المستقبل.

ومن هذا يرى أنها بهذا المعنى قريبة جدًّا من معناها عند الحنفية وأنها بهذا المعنى تنتهي إلى مراعاة ما للشخص من صلاحية لأن تكون له حقوق وعليه واجبات.

والنظرية الألمانية السابقة في الذمة ساعدت على انتشار النظرية المادية للالتزام لأن الالتزام من عناصر الذمة، فإذا كانت الذمة شيئًا ماديًّا اكتسب الالتزام أيضًا هذه الصفة[١].

عناصر الالتزام:

ويحلل أصحاب المذهب المادي الالتزام إلى عنصرين هما: المديونية والمسئولية. أما المديونية فهي شغل الذمة بالالتزام، وأما المسئولية فهي إمكان الاستيفاء جبرًا، وهو مرتبط بما تتكون منه الذمة ولا شأن له بشخص المدين. فشخص المدين غيرمسئول ولا سلطان للدائن على شخصه وإن عد مدينًا شغلت ذمته بالدين.

وعن تحليل الالتزام إلى هذين العنصرين أمكن توزيعهما على شخص المدين وذمته، فعنصر المديونية يرتبط بالشخص فشخصه مدين غير مسئول. وعنصر المسئولية يرتبط بالذمة وحدها، ومن عناصرها الإيجابية يستوفي الدائنون ديونهم ولا شأن لهم بشخص صاحبها[٢].

(١) نظرية العقد، للسنهوري، ص ١٥.
(٢) رسالة وحيد في التعبير عن الإرادة، ص ٢.

ولم يكن هذا المذهب مجرد مذهب نظري بل كان لقيامه نتائج عملية نذكر أهمها فيما يلي:

١- لم يكن القانون الروماني يجيز الحوالة بنوعيها - حوالة الحق وحوالة الدين، إذ كان الالتزام عنده رابطة شخصية لا يجوز أن يتغير أحد طرفيها دون أن يتغير الالتزام نفسه، إذ الرابطة بين شخصين غيرها بين شخصين آخرين - ولكن حين نظر إلى الالتزام نظرة اتجهت إلى محله على أنه العنصر الجوهري فيه وأنه ذو قيمة مالية يصح بها أن يتداول أصبح من الميسور أن نتصور تغير أشخاص الالتزام من دائن ومدين مع بقاء محله دون تغيير فيه. ومن ثم أمكن انتقال الالتزام في ناحيته الإيجابية "حوالة الحق" وفي ناحيته السلبية "حوالة الدين"، فجاز أن ينتقل الدين من دائن إلى دائن آخر بواسطة تمليكه بأي سبب من أسباب التمليك وأن يستبدل الدائن بدينه في ذمة مدينه دينًا آخر في ذمته شخص آخر.

٢- إمكان قيام التزام في ذمة مدين قبل أن يتعين الدائن اكتفاء بأن يوجد هذا الدائن أو يتعين عند التنفيذ إذ في هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في أن يوجد دائن يقتضي المدين التزامه. أما عند نشوء الالتزام فلا ضرورة لوجوده ما دام أن العبرة في الالتزام بمحله.

أما أصحاب المذهب الشخصي فلا يقبلون فكرة قيام التزام في ذمة شخص لغير دائن معين موجود لأنه عندهم رابطة بين شخصين فوجودهما ضروري لنشوئه.

وكان هذا المذهب المادي أساسًا لجواز التزام المدين بدين بإرادته المنفردة دون وجود دائن كما هو الحال في شخص يلتزم بِجُعل أو بجائزة - كما سيأتي - كما كان أساسًا لجواز الاشتراط لمصلحة شخص غير معين أو غير موجود وقت الاشتراط كما في تأمين الأب على حياته لمصلحة من سيوجد له من أولاد ولجواز الالتزام بناء على سند لحامله فإنه ينشأ بإرادة المدين لمصلحة دائن غير معين عند إنشاء الالتزام.

ذلك هو نظر الفقه الغربي واتجاهه في بيان طبيعة الالتزام وهو فيه حق مالي كما بينا.

 

الالتزام في الفقه الإسلامي - الدين:

أما الفقه الإسلامي فإن الالتزام المالي فيه يتمثل في الدين ونظرة هذا الفقه إليه نظرة مادية يتجرد بها من طرفيه في الجملة. ويؤيد ذلك ما ورد عن رسول الله ﷺ إذ قال لغرماء معاذ ﷺ حين أحاط الدين بماله فحجر عليه وباع ماله في دينه فلم يف به: "ليس لكم إليه من سبيل" قال ذلك لهم إذ طلبوا منه أن يبيع لهم معاذًا نظير دينه. فمنع أن يكون لهم سبيل على شخصه. كما روي أنه قال لغرماء من أفلس: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك".

ويقول الله تعالى في شأن مقاضاة المدين: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ... ﴿٢٨٠﴾ ﴾ [البقرة].

فإن هذه النصوص تنفي أن يكون للدائن على نفس المدين سلطان نتيجة لالتزام المدين له بدينه، وتدل على تعلق الدين بأموال المدين أو بذمته دون أن يجعل من نفس المدين محلًا لإذلاله والتسلط عليه - وإنما ينفذ عليه في ماله عند تقاضيه دون أن يمس ذلك نفس المدين.

أما ما ذهب إليه الفقهاء من حبس المدين في دينه أو من ملازمته بناء على طلب الدائن فليس ذلك أثرًا لالتزامه بالدين وإنما شرع جزاء لمطله إذا كان موسرًا فماطل وأبى الوفاء فإنه يكون بذلك الصنيع ظالمًا والظلم جرم يستوجب التعزير فكان حبسه أو ملازمته من قبيل التعزير، ويدل على ذلك ما جاء في أسنى المطالب[1] إذ طولب إنسان بحق وجب عليه فامتنع عن الوفاء بلا عذر حبسه القاضي فإن لم ينفع الحبس عذره بما يراه من ضرب وغيره ويكرره مرات حتى يوفي بشرط مراعاة البرء من ألم المرة السابقة. وفي ذلك يقول الرسول ﷺ: "ليّ[2] **الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته**" رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، ويقول أيضًا: "**مطل الغني ظلم**" رواه البخاري ومسلم وغيرهما - والظلم جرم يجب دفعه.

أما مظاهر هذه النظرة المادية إلى الدين في الفقه الإسلامي وآثارها فإنا نعرض لأهمها فيما يلي:

(١) أسنى المطالب للشيخ زكريا الأنصاري الشافعي، ج٣، ص ٣٧١.
(٢) لواه بدينه ليًّا وليانًا مطله أو جحده إياه كألواه بدينه.

١- أجاز الفقهاء وراثة الدين وتملكه بالوراثة، فقد أجمعوا على أن الوارث يرث ما لمورثه من ديون في ذمم آخرين فيصير بذلك دائنًا لهم وبذلك يتملك الوارث ما لمورثه من دين على أنه عنصر مالي من عناصر التركة. كما يتملك ما تتكون منه التركة من أعيان أخرى.

٢- أجازوا أيضًا تمليك الدين بالإيصاء فيجوز للدائن أن يوصي بدينه الذي له في ذمة فلان لفلان آخر، فإذا مات مصرًّا على وصيته وقبلها الموصى له تملك هذا الدين وأصبح دائنًا للمدين في مكان الدائن السابق كما يتملك ما يوصي له به من عقار أو منقول.

٣- أجاز المالكية والإمامية بيع الدين لغير من هو عليه إذا توافرت شروط ذلك عندهم وهو أحد قولي الشافعي. وإنما منعه الحنفية والحنابلة "وهذا قول الشافعي"، بناءً على أنه غيرمقدور التسليم لا على أنه ليس بمال، أما ابن القيم فقد نقل عنه أن الدين في الذمة يقوم مقام العين المالية فتصح المعاوضة عليه كما تصح المعاوضة على الأعيان المالية.

٤- أجاز الحنفية والحنابلة وكذلك الشافعية والمالكية على الجملة بيع الدين لمن عليه الدين ومنعه أهل الظاهر.

٥- هبة الدين لغير من عليه الدين جائزة عند المالكية بشروط ذكروها وجائزة عند الحنفية إذا وكل الموهوب له بقبضه من قبل الدائن وغير جائزة عند الشافعية وفيها قولان عند الحنابلة.

٦- أجاز المالكية رهن الدين الذي في ذمة شخص في دين لشخص آخر كما جاز رهن العين واشترطوا لصحته الإشهاد عليه - وصورته أن يكون لزيد دين عند خالد وعليه دين لمحمود فيرهن زيد دينه لدى خالد في دين محمود على أن يشهد على هذا الرهن وأن يدفع له وثيقة هذا الدين إلى أن يتم الوفاء - وقد يصح أن يكون الدين المرهون في ذمة الدائن المرتهن كما إذا كان المرتهن هو المدين بالدين المرهون،

ومثال ذلك أن يكون محمود دائنًا لأحمد بمائة جنيه وأحمد دائنًا لمحمود بخمسين إردبًا من الأرز فيتفقا على أن يكون دين الأرز الذي في ذمة محمود رهنًا بالمائة جنيه التي له عند أحمد. ولم يجز ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة، على أن الشافعية قد جوزوا رهنه رهنًا شرعيًا أي بحكم الشارع، وذلك كما كان لتركة دين قبل شخص وكان على صاحبها دين لآخر فإن ما للتركة من دين حينئذ يعد رهنًا شرعيًا بما عليها من دين. كما تعد جميع أعيانها رهنًا به كذلك.

٧- أجازوا حوالة الدين سواء أكانت على اعتبار أنها نقل دين من ذمة إلى أخرى أو بيع دين بدين على خلافهم في تكييفها.

٨- عرفوا الدين بأنه مال حكمي يثبت في الذمة بسبب من أسباب ثبوته كإتلاف مال للغير أو غصبه أو شراء بنسيئة أو نحو ذلك من الأسباب المثبتة له. وذلك التعريف صريح في النظرة إليه نظرة مادية بنوا عليها جواز المعاوضة به أو عليه في رأي من أشرنا إليهم.

٩- جوزوا وجود التزام لمن لم يتعين بعد كما في الجعالة وإن كان هذا مما يصح العدول عنه قبل الشروع في العمل، وعلى الجملة أجازوا الالتزام بالإرادة المنفردة على ما سيأتي بيانه.

فهذه الأحكام وما ماثلها تدل دلالة واضحة على النظرة المادية إلى الدين في الفقه الإسلامي، وليس أدل على ذلك من أن جمهورهم يعدونه مالاً، وهذا ما ينفي نظرهم إليه على أنه رابطة محضة بين شخصين تتغير بتغير أحد طرفيها. وليس يفوتنا أن نلفت النظر إلى أن انتقال الدين في ناحيتيه الإيجابية والسلبية في الفقه الإسلامي لا يطابق مثيله في الفقه الغربي من ناحية أن الفقه الغربي إنما يريد بانتقال الدين انتقاله بنفسه بجميع تأميناته وتوثيقاته عدا الكفالة، بينما لا ينتقل معه في الفقه الإسلامي شيء من ذلك، بل تسقط تأميناته بانتقاله إلى ذمة أخرى، ولذلك قال الأستاذ السنهوري في محاضراته التي ألقاها في معهد الدراسات العربية أن ما يسمى في الفقه الإسلامي بحوالة الدين هو في الفقه الحنفي غيره في فقه المذاهب الثلاثة الأخرى، وهو في

المذاهب الأربعة جميعًا ليس حوالة دين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي، إذ الحوالة في الفقه الغربي تستلزم انتقال الدين بتأميناته وضمانه، ولكنها بالمعنى الشرعي تعتبر في الفقه الغربي تجديدًا للالتزام بتغيير المدين، وذلك ضرب من الإنابة في الدين، على أنه إذا كان يريد أن الحوالة عند الحنفية غيرها عند غيرهم من جميع الوجوه فليس ذلك بصحيح وإن أراد عدم اتفاقهم على جميع ما أعطوها من أحكام وأنهم قد اختلفوا في بعض الأحكام وفي التكييف والتحليل فذلك صحيح.

وجوب الدين ووجوب أدائه:

وأكثر الفقهاء على أن للالتزام بالدين ووجوبه مظهرين هما وجوب الدين ذاته ووجوب أدائه ومحلهما الذمة، ولكن كلا منهما يتعلق بما لا يتعلق به الآخر، فوجوب الدين يتعلق أيضًا بالذمة ووجوب أدائه يتعلق بمال المدين وإن كان محله الذمة أيضًا.

وهذاما يقارب ما ذهب إليه فقهاء الفقه الغربي من تحليل الدين إلى عنصرين: عنصر المديونية وعنصر المسئولية، والأول هو الواجب القانوني الذي على المدين، والثاني استيفاء الدين جبرًا، والأول يتعلق بذات المدين، وهو يقابل وجوب الدين، إذ معناه شغل ذمة المدين به واعتباره بذلك مدينًا. والثاني يتعلق بماله، وهو يقابل وجوب الأداء، إذا معناه المطالبة بالوفاء في المال الذي هو عنصر من عناصر ذمته.

ويرى فقهاء الإسلام أن هذين المظهرين غير متلازمين وجودًا، فقد يوجد وجوب الأداء ولايوجد شغل الذمة كما في الديون على بيت المال. والدين يطالب به ناظر الوقف، عند الحنفية والحنابلة فليس هناك ذمة تشغل بالدين في رأيهم إذا صرحوا بأن ليس للوقف ولا لبيت المال ذمة ولكن يجب على القائم على بيت المال أداؤه من أموال بيت المال، وعلى الناظر الأداء من ريع الوقف، ومن أظهر الأمثلة لذلك ما ذهب إليه المالكية فيما يأتي:

١ - إذا استخلص شخص مالاً لغيره ممن استولى عليه بفداء مالي دفعه إليه ولم تكن وسيلة لاستخلاصه سوى ذلك، أو أنقذه من الهلاك بمال أنفقه ولم تكن هناك

وسيلة لإنقاذه سوى ذلك، فإن مقدار ما دفع من المال فداء يعد دينًا ممتازًا يتقدم به صاحبه على غرماء صاحب المال المفدى أو المستخلص في ذلك المال. وإذا هلك هذا المال قبل وصوله إلى صاحبه لم يرجع عليه بشيء من الفداء في مال له آخر - وسقوط مال الفداء بهلاك ما دفع فيه دليل على أنه لم يشغل ذمة صاحب المال المفدى وإن وجب أداؤه منه ولو شغلت ذمته به لوجب عليه أداؤه في أي مال له آخر.

٢- إذا أنفق الملتقط على اللقطة ما كان ضروريًا لها لم يرجع بما أنفق على صاحبها في غيرها من أمواله وإنما يرجع عليه فيها فقط ولو شغل ذمة صاحبها لرجع عليه في أي مال له.

٣- إذا كفل شخص يتيما فأنفق عليه فإنه لا يرجع بما أنفقه إلا فيما كان لليتيم من مال عند الإنفاق عليه ولا يتجاوزه إلى غيره مما يملكه بعد الإنفاق عليه بأي سبب من أسباب الملك، وإذا كان لأبيه مال رجع على أبيه في ماله لأنه قام بواجب عليه، كمن أدى دين غيره بغير إذنه لا بنية التبرع - ولو ثبت ما أنفقه الكافل دينًا في ذمة الصغير لرجع عليه في أي مال يملكه بعد الإنفاق.

وقد يوجد وجوب الدين دون وجوب الأداء كما في الدين المؤجل والدين في ذمة صغير مفلس غير مميز ليس له ولي ولا وصي. وقد يكون وجوب الأداء على شخص ووجوب الدين في ذمة شخص آخر. كما في الولي يشتري لقاصر بثمن حال، وكما في الديون في التركة فإنها تعد شاغلة لذمة المتوفى ووجوب الأداء على الوارث أو على وصي التركة. وكذلك الكفيل عند الحنفية يجب عليه أداء الدين المكفول به ولا تشغل به ذمته وإن كان شاغلاً لذمة الأصيل واجبًا عليه أداؤه أيضًا.

ووجوب الأداء كما يتعلق بمال المدين قد يتعلق كذلك بمال غيره فيتعلق بمال الكفيل أيضًا عند الحنفية وليس بمدين عندهم، ويتعلق بالرهن المستعار وصاحبه غير مدين، وإذا تعلق بمال الكفيل فقد يتعلق بماله كله كما إذاكانت الكفالة شخصية أي مطلقة، وقد يتعلق بعين معينة من أمواله كما إذا كانت الكفالة مقيدة بعين من أمواله. وكذلك الحال في المدين فإن الدين في سبيل وفائه يتعلق بجميع أمواله، وقد

يتعلق ببعض معين من أمواله فقط كما في الحوالة المقيدة بمال معين فإن المحال عليه فيها لا يجب عليه وفاء الدين إلا من المال الذي قيدت به الحوالة. وكما في الإنفاق على اللقطة عند المالكية وما أنفق في إنقاذ مال عندهم وما أنفقه الكافل على صغير فإن ذلك لا يتعلق إلا برقبة اللقطة أو برقبة المال المنقذ أو بما كان للصغير من مال عند الإنفاق ولا يتجاوزه إلى غيره مما ملكه بعد. في حين أنه في واقع الأمر مدين وإن ذكرنا أن ذمته لم تشغل بذلك الدين.

وجوب تنفيذ الالتزام:

الشأن في هذه الالتزامات المختلفة وما يشبهها أنها تستتبع توجه المطالبة بالوفاء إلى الملتزم ووجوب ذلك الوفاء عليه. وهذا لا اختلاف فيه من ناحية أن ذلك هو الشأن فيها، ولكن الذي ينبغي أن ينظر فيه ويبحث عنه هو أساس هذا الوجوب. فإذا قيل أن أساسه هو الشريعة اقتضانا ذلك أن نتساءل: ولماذا توجب الشريعة على الملتزم بها أن يوفي بالتزامه في بعض الأحوال؟ في حين أن من الالتزامات ما لا تجبر الشريعة من التزم بها على الوفاء أو على الأقل يرى أن في إجبار الشريعة على الوفاء بها خلافًا بين الفقهاء وذلك في بعض الالتزامات الصادرة بها لا يلزم الملتزم.

وهذا البحث أيضًا هو ما حدث بشأن ما أوجب القانون الوضعي الوفاء به من الالتزامات، في حين أن من الالتزامات المعترف بها ما لا يجبر القانون على الوفاء به كالالتزام الطبيعي غير القانوني.

ذهب فريق من الباحثين إلى أن هذا الوجوب أثر من آثار سلطان الإرادة أيضًا. فسلطان الإرادة كما هو أساس لنشوء الالتزام هو أساس كذلك لوجوب الوفاء به، وعن ذلك صدر التشريع - ولكن هذا الرأي كان محل نقد - ذلك بأنه إذا كان للإرادة سلطان في إنشاء الالتزام من ناحية أنه تصرف من الملتزم في خالص حقه - ولصاحب الحق أن يتصرف فيه. وإلا ما كان حقًّا له. فليس يقبل أن يكون وجوب الوفاء أثر لهذا السلطان وإلا لوجب الوفاء بالدين الطبيعي لاتجاه إرادة الملتزم إلى الوفاء به.

ومن ناحية أخرى يرى أيضًا أن وجوب الوفاء إذا كان أثرًا لهذا السلطان فقد تتجه الإرادة أيضًا إلى عدم الوفاء به بعد أن تكون قد اتجهت إليه - وكثيرًا ما يحدث هذا بعد صدور الالتزام - وإذا كان لها السلطان في الإيجاب وجب أن يكون لها ذلك السلطان أيضًا في رفعه. وإذن ينعدم الإيجاب والالتزام وتضطرب المعاملات وتنعدم الثقة بين الناس.

وهذا إلى أن سلطان الإرادة يجب أن يخضع للصالح العام الذي يرعاه الشارع، وبخاصة ما يعتبر منه من النظام العام[1]، واعتبار الإرادة منشأ لهذا الوجوب يجعل لها المقام الأول في النظام الاجتماعي وتكون بحيث لا تخضع للصالح العام، وكل ذلك ينفي أن يكون وجوب الوفاء أثرًا من آثار سلطان الإرادة.

لهذا اتجه فريق آخر من الباحثين إلى أن يردوا هذا الوجوب إلى فكرة اجتماعية خلقية وهي مراعاة ما تقتضيه العدالة ويوجبه حسن الخلق - إذ إن وجوب الوفاء بالعقود والالتزامات وأن يكون الملتزم عند عهده أمر يوجبه الوفاء بالعهد والصدق في القول والإحسان في المعاملة وتوافر الثقة بين الناس - وذلك ما حدا بالشارع الإسلامي وبواضعي القوانين إلى أن يوجبوا الوفاء بالالتزام - بدليل أن ذلك الوجوب مقيد في الشرعين بألا يكون فيه مساس بنظام المجتمع وبحسن الخلق وإلا لم يكن لهذا الوجوب محل - ذلك بأن القوانين على اختلافها لم تسن إلا لتكون وسيلة إلى إيجاد مجتمع صالح فاضل - فإذا انحرفت عن هذه الغاية وجب نقدها وإلغاؤها. وعلى هذا الرأي يكون المصدر لوجوب الأداء في الشرعين هو القانون أو النصوص التشريعية القانونية.

ومما يؤيد ذلك في الجملة ما اتفق عليه الباحثون من أن سلطان الإرادة في إنشاء الالتزام مقيد كذلك بالحدود والقيود التي تتطلبها ضرورات الحياة الاجتماعية الصالحة التي يهدف إليها الشارع في تشريعه وتنظيمه للروابط الاجتماعية القانونية، حتى لقد ذهب بعض الباحثين وغَلَوْا في ذلك فأنكروا على الإرادة أن يكون لها ذلك

(١) راجع مصادر الالتزام للصدي، ج١، ص ١٨.

السلطان ولم يجعلوا لها أثرًا سوى أنها تهيئ لصاحبها أن يضع نفسه في مركز ينظمه القانون ويسيطر عليه. والسلطان إنما هو للقانون حينئذ.

والقول الحق في ذلك هو التفرقة بين إنشاء الالتزام واعتباره واجب التنفيذ. فالإرادة إذا انحرفت عن سبيلها المسنون لها أنشأت التزامًا ولكنه التزام لا يعيره القانون التفاتًا ولا يوجب تنفيذه. وإذا لم تتجاوز طريقها أنشأت التزامًا يوجب القانون تنفيذه. وإذن فوجوب التنفيذ أو وجوب الأداء مصدره القانون لا الإرادة. وإذا ما وجب تنفيذه تعلق بالذمة وكان محلا للمطالبة ممن له مصلحة فيه وكان حقًّا له - وهذا هو ما يسمى بالحق الشخصي عند علماء التشريع الوضعي.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلم يخصوه باسم يدل عليه من بين الحقوق الأخرى فينتظمه اسم الحق عندهم إذا ما نظر إليه من ناحية طالبه. وينتظمه اسم الواجب إذا ما نظر إليه من ناحية المطلوب منه، وقد يطلقون عليه اسم الحق في الناحيتين؛ فيقولون حق له وحق عليه، ومن ثم ينبغي لنا أن نستعرض في بيان إجمالي موجز نظرية الذمة في الفقه الإسلامي والفرق بينها وبين نظرية الذمة في الفقه الوضعي، ثم نستعرض بعد ذلك ما يراد بالحق الشخصي في الفقه الوضعي والفرق بينه وبين الحق العيني، وما إذا كان الفقه الإسلامي قد ذهب هذا المذهب أم لا.

معنى الذمة:

اختلف فقهاء الإسلام في بيانهم للذمة، فذهب بعضهم إلى أنها صفة شرعية يفترض الشارع وجودها في الإنسان، وذهب آخرون إلى أنها نفس الإنسان وذهب غيرهم إلى أنها عهده.

وعلى الرأي الأول عرفها بعض الحنفية ومنهم عبيد الله بن مسعود في كتابه التنقيح بأنها وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه، ومعنى ذلك أنها صفة شرعية يفترض الشارع اتصاف الإنسان بها أو يلبسه إياها إيذانًا بصلاحيته لأن تكون له حقوق ولأن تجب عليه واجبات. والذي يظهر لي أنه يكفي في ثبوتها للإنسان

أن يكون صالحًا لأن تجب له حقوق وإن لم يصر صالحًا بعد لأن تجب عليه واجبات في الحال، بدليل أنهم قد صرحوا بأن للجنين ذمة إذا ما ولد حيًّا وإن وصفوها بأنها ذمة قاصرة لاقتصارها على صلاحيتها لقبول بعض الحقوق. في حين أن الجنين ليس أهلاً عند الحنفية لأن تجب له واجبات إذ ليس أهلاً للتكليف وليس له عبارة يلتزم بها ولا ولي يلتزم بعبارته. وهو عندهم أهل لأن تجب له حقوق بالميراث والوصية والوقف فقط لثبوت ذلك له دون توقفه على القبول منه.

ولأنه ليس أهلاً للتكليف لا يوجبون في ماله زكاة ولا صدقة ولا غيرهما من الواجبات التي هي من قبيل العبادة إذ تقوم على الإرادة والاختيار، ولا اعتبار لإرادته لصغره بخلاف ما ليس من قبيل العبادة كالنفقات فتجب في ماله. وخالف في ذلك الشافعية ومن رأى رأيهم، إذ أوجبوا في ماله كل ذلك فأوجبوا فيه الزكاة ونفقةمن تجب عليه نفقته من الأقارب وغيرهم.

ومن هذا يتبين أن الذمة تثبت للإنسان عند الحنفية من وقت ظهور الحياة فيه وإن لم يصلح لأن يلزم في الحال، وأنهم لا يثبتونها إلا للإنسان وإن لم يكن صالحًا للتكليف، وذلك لاختصاصه بصفات تثبت له وليست لغيره من الحيوانات والمنشآت، وهي في رأيهم صفات تنبثق منها صلاحيته لأن يكون له حق وعليه واجب.

وعرفها بعض الشافعية بأنها معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام أي لإلزامه من قبل غيره كالشارع ولالتزامه بعبارته.

والتعبير بالمحل دون التعبير بالشخص "كما عبر آخرون منهم" يجعل تعريفها شاملاً لذمة ما ليس بإنسان مثل المسجد وما في معناها كالقنطرة والمستشفى والوقف، فقد قالوا في المسجد إنه بمنزلة حريملك فأثبتوا له الملك، كما أثبتوا له الحق في أن يأخذ بالشفعة في عقار مشترك بينه وبين غيره إذا باع غيره حصته فيه وذلك يستلزم ثبوت الذمة له، وقولهم بهذا كقول فقهاء الغرب بالشخص المعنوي.

وقد يرى أن صلاحية المحل للإلزام والالتزام لا تتحقق في المسجد إذ لا يصلح المسجد لأن يلزم من غيره إذ ليس أهلاً للتكليف، وإن صلح لأن يلتزم بعقد القيم

عليه وذلك فيما له من مال خاص به. وليس يدفع هذا إلا أن يراد بالتعريف الاكتفاء بأحدهما وهو الالتزام، وإنما نص على الإلزام مراعاة للأمر الغالب، وقد يقال إن المسجد ونحوه أهل لإلزام الشارع إياه في ماله بخطاب الوضع لا بخطاب التكليف، فجعل الشارع مباشرة وليس سببًا لوجوب الحق في ماله وهو ما استوجبه العقد فيه من مال لغيره ولكن هذا لم يخرج عن أنه التزام بعبارة القيم عليه.

وعرفها بعض الحنابلة - كما في كشاف القناع[1] بأنها وصف شرعي بصير به المكلف أهلاً للإلزام والالتزام. وظاهر هذا التعريف أنها لاتثبت إلا للمكلف،وهذا خلاف ما صرح به في هذا الكتاب من إثبات الذمة للطفل[2].

وعرفها القرافي من المالكية بأنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام والالتزام، ثم اتبع ذلك بما يدل على قصده فقال إن هذا المعنى جعله الشارع مبنيًا على أشياء خاصة منها البلوغ والرشد وعدم الحجر كما تقدم في المفلس، فمن اجتمعت فيه هذه الشروط رتب الشارع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه بأرش الجنايات وأجر الإيجارات وأثمان المبيعات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل التزامه، فإذا التزم شيئًا اختيارًا من قبل نفسه لزمه وإذا فقد شرطًا من هذه الشروط لم يقدر الشارع فيه هذا المعنى، فمن بلغ سفيهًا لا ذمة له، إلى آخر ما قال[3]، وهذا صريح في أن القرافي لا يرى الذمة إلا للشخص الرشيد المكلف غير المحجور عليه للسفه أو للدين، وهذا الرأي مخالف لما جاء في المدونة ولما في كثير من كتب المالكية. ففي المدونة: ومن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه الصغير فذلك في مال الابن، فإن لم يكن له مال ففي ذمته. وهذا صريح في أن للصغير ذمة.

وجاء فيها أيضًا: إذا جنى المجنون عمدًا أو خطأ بسيف أو غيره فهو خطأ كله تحمله العاقلة إذا بلغ ثلث الدية، فإن لم يبلغ ففي ماله، ويتبع به دينًا في ذمته. وهذا أيضًا صريح في أن للمجنون ذمة.

---

(١) كشاف القناع، ج٢، ص١١٧.
(٢) كشاف القناع، ج٢، ص٣٧.
(٣) الفروق للقرافي، ج٣، ص٢٣١.

وفي كثير من كتب المالكية والشافعية والحنابلة أن المفلس لا يمنع من التصرف المالي إذا التزم في ذمته شيئًا لغير الدائن - وقال البناني: القول الراجح في المذهب أن لكل من الصغير والمجنون ذمة. وبناء على ذلك يكون التعبير بالمكلف في غير موضعه؛ ولذا عدل عنه بعض المالكية فعرفها بأنها صفة قائمة بالمدين يقبل بسببها الإلزام والالتزام. غير أن التعبير فيه بالمدين غير دقيق وذلك لثبوت الذمة للإنسان قبل أن يصير مدينًا، بل وإن لم يصر مدينًا، إلا أن يراد بالمدين من هو بصدد أن يكون مدينًا أو من شأنه أن يكون مدينًا.

وبمقارنة ما ذهب إليه الحنفية بما ذهب إليه غيرهم من الشافعية والحنابلة والمالكية يلاحظ أن الحنفية يجعلون الذمة أساسًا لثبوت كل من الحق والواجب إذ قالوا إنها وصف يصير عليه الإنسان صالحًا لأن يجب له ويجب عليه، وأن غيرهم يجعلونها أساسًا لثبوت الواجبات فقط سواء أكانت من قبل الشارع أو من قبل صاحب الذمة أو ممن له الولاية عليه ولا يجعلون لها صلة بالحقوق التي تثبت لصاحبها قبل غيره. وعلى ذلك يكون ثبوت الواجب على الإنسان مستلزمًا لوجود الذمة له، فلا يثبت واجب إلا في ذمة، وذلك ما خالف فيه بعض المالكية إذ إنهم قد يوجبون على الإنسان واجبًا في ماله فقط ولا يجعلونه ثابتًا في ذمته، كما إذا أتلف صغير مالاً سلط عليه من قبل مالكه فيما ليس له منه بد فصان به بعض ماله، فإنهم يرون في هذه الحال تضمينه في ماله الحاضر بقدر ما صان به ماله ولايثبتونه في ذمته. حتى إذا تلف جميع ماله القائم عند الإتلاف لم يجب فيما يملكه من مال بعد ذلك شيء.

ويخالف في ذلك آخرون منهم فيجعلون الضمان في ذمته وعلى ذلك يؤخذ مما يكون له من مال كان قائمًا عند الإتلاف ومما يملكه بعد ذلك، وقد ذكرنا فيما سبق مسائل أخرى أثبتوا فيها الواجب في المال دون ذمة صاحب المال فارجع إليها.

وإذ قد بينا أن الذمة أمر افتراضي فإني أرى أنه لا داعية لأن تفرض ولا لأن يقدر لها وجود إلا حيث تدعو الحاجة إلى ذلك الافتراض، ويظهر لي أنه لا يظهر لهذا الافتراض داعية ولا حاجة بالنظر إلى ثبوت الحقوق لأصحابها إذ لا مانع من أن يكون للشخص حقوق دون أن تقدر له ذمة، فليس من الضروري أن يفترض

للحقوق محل يجمعها هو الذمة المفترضة بل يكفي في ثبوت الحقوق أن يكون لها صاحب، وأن يثبت له ذلك شرعًا وأن يكون لها ذمة مدين تشغل بها فتسمى بالنظر إلى ذلك واجبات، ولا شك أن هذه نظرة إلى الحق على أنه أمر مادي شأنه شأن المال - وإذا لاحظنا أن مظهر وجود الحق في الخارج هو المطالبة به فعلاً ويكفي في ذلك تسليط الشارع على هذه المطالبة لم نجد داعية بعد ذلك إلى افتراض ثبوت الحق في محل يسمى بالذمة بالنظر إلى صاحبه.

وهذا بخلاف الواجب فإن مظهره في الخارج وإن كان في توجه المطالبة به إلا أنها تنتقل عمن وجهت إليه إلى ما به الوفاء وهو ما له في شكل تنفيذ فيه.

وما به الوفاء غير قارٍّ وقد يكون وقد لا يكون، ثم هو قد يكون موجودًا ثم ينعدم قبل الوفاء منه، فاقتضى الأمر ثبوت الحق في محل مستقر ليتحقق له الوجود والاستقرار وليكون ذلك وسيلة إلى تعلقه بما به الوفاء عند الحاجة إلى ذلك، وإلا لم يكن له وجود في وقت ما إذا لم يوجد ما يوفي به، فيكون فيه ساقطًا، وإذا سقط لم يعد - لهذا السبب قدر له محل يستقر فيه هو الذمة. ولعل ذلك ملحظ المالكية في أنهم كما قدمنا إنما يجعلون الأساس لثبوت الذمة هو الصلاحية للإلزام.

ذلك هو بيان الذمة عند من يرى من الفقهاء أنها صفة مقدرة مفترضة. وقد ذهب آخرون إلى أن الذمة لا يراد بها إلا نفس الشخص فيقول فخر الإسلام البزدوي: أن الذمة نفس لها عهد. ويريد بالعهد ما أخذه الله على بني آدم قبل خلقهم، وهو ما أشير إليه في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنۢ بَنِىٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ۖ قَالُوا۟ بَلَىٰ ۛ شَهِدْنَآ ۛ أَن تَقُولُوا۟ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَـٰذَا غَـٰفِلِينَ ﴿١٧٢﴾﴾ [الأعراف]، وأن تسمية النفس بذلك إطلاق مجازي من قبيل إطلاق اسم الحال وهو العهد "أي الذمة" على المحل وهو نفس الإنسان؛ لأن نفس الإنسان محل لعهده، وقد صار هذا الإطلاق حقيقة عرفية. وعلى ذلك فذمة الإنسان هي الإنسان نفسه وهي محل لجميع ما لها وما عليها من حقوق وتكاليف مالية أم غير مالية، وقد ذهب إلى ذلك من الشافعية الشيخ زكريا الأنصاري إذ قال في كتابه أسنى المطالب: الذمة اصطلاحًا الذات والنفس.

وقد اعترض على ذلك بأن هذا لا يتسق مع تقسيم الفقهاء لها إلى ذمة قاصرة وذمة كاملة لأن نفس الإنسان واحدة لا تنقسم هذه القسمة، ويمكن لصاحب هذا الرأي أن ينكر هذه القسمة ويجعل مرد اختلاف الذمم في قبول الحقوق والواجبات إلى ما يعرض لها من عوارض.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الذمة في لسان الفقهاء لا يراد منها غير معناها اللغوي وهو العهد، وأن لا ضرورة تدعونا إلى أن نفترض وجود معنى خاص مفترض في الإنسان نسميه بالذمة، ويكفي في ثبوت الحقوق للإنسان أن الشارع قد أثبتها له وجعل له حق المطالبة بها حتى يستوفيها، ويكفي في ثبوت الواجبات عليه أن الشارع قد كلفه بها وأمره بأدائها وليس وراء هذا محل يقبل الحقوق والواجبات وليس معنى قول الفقهاء ثبت في ذمته كذا إلا أن ذلك قد ثبت بعهده.

ويقول الشيخ البزدوي في الرد على هذا الرأي إنه مخالف للإجماع. وهو إلى هذا ينتهي في الواقع إلى القول بالذمة. ويعني البزدوي بهذا أن المطالبة لا تتصور ولا تكون إلا بمطلوب يطلب أداؤه، وهذا المطلوب في أدنى صوره واحتمالاته هو أداء أو فعل يقوم به المطالب، وبفعله يتم الامتثال والوفاء وذلك نتيجة اتصال الطلب وتعلقه به دون غيره على وجه يكون معه عاصيًا ومخالفًا إذا لم يفعل، ولا معنى لتعلقه به إلا ظهور أثره وتحققه فيه وهو إلزامه بالعمل وإيجابه عليه، ومظهر هذا الإلزام والإيجاب في الخارج واتصاف المطالب به هو ما يسمى بالذمة، إذ لا يراد بها إلا أنها صفة شرعية اعتبارية بها يصير الإنسان أهلاً لأن يلزم.

وفي رأيي أن هذا الرأي السابق القاضي بعدم الحاجة إلى الذمة لا يتسق مع ما شرع من الأحكام أيضًا فليس يسوغ بالنسبة إلى طفل أو مجنون ليس أهلاً لأن يكلف ولا لأن يطالب وبخاصة إذا لم يكن له ولي ألا يكون له ذمة تكون محلًا لما يلزم به فيؤخذ من ماله. فكيف يتصور حينئذ أن يتوجه إليه تكليف يستتبع مطالبته بما كلف به وهو ليس أهلاً لأن يكلف وبخاصة في الوقت الذي لا يكون له فيه مال؟ وإذا لم يكن ذلك متصورًا كان تكليفه منعدمًا ولم يتصور بالنسبة إليه وجوب، في حين أنه

مطالب في ماله بكثير من الحقوق كالنفقات والديون وغيرها مما يثبت في ذمته بعقد وليه أو بنص الشارع، بناء على تكليف وليه بالأداء من ماله، أو بناء على إثبات حق في ماله بخطاب بالوضع بالنسبة لما وجب بنص الشارع.

أما فقهاء الشرع الوضعي فالذمة عندهم عبارة عن وحدة معنوية قانونية تمثل جميع الحقوق والواجبات التي تقوم بمال لشخص معين لا من حيث مادتها بل من ناحية ذهنية تصورية، سواء منها ما كان موجودًا وما قد يوجد له، فكانت عندهم عبارة عن جملة ما هو موجود فعلا وما قد يوجد له من الحقوق والواجبات، وذلك ما يستلزم وجود الشخصية القانونية، لأن اشتمال الذمة على ما قد يوجد من الحقوق والواجبات يجعل صاحبها متصفًا بصفة القابلية لكسب حق أو ترتيب التزام، إذ لا يكون شيء من ذلك إلا بوجود هذه القابلية، وهذه هي الشخصية القانونية.

وعلى هذا يرى أن الذمة في نظرهم وحدة معنوية مفترضة انتزعوها من شخصية صاحبها الاقتصادية، ولهذا مثلت شخصية صاحبها الاقتصادية إلى درجة ما، فكانت صفة عامة للإنسان تمثل ما قد يكون له من حقوق وما يكون عليه من تكاليف تقوم بالمال في الحال والاستقبال دون أن تتألف وتتكون من أعيانها وذواتها - غير أنه إذا نظر إليها في وقت معين كوفاة صاحبها مثلاً نظرة واقعية تنفذ إلى مبعثها وما منه انتزعت انطبقت على ماله من حقوق وما عليه من واجبات في الواقع، وكانت حينئذ ذات مدلول مادي مكون من أموال مادية مقدرة. وإذا نظرنا إليها على أنها مكنة اقتصادية أو على أنها شخصية مالية معينة متميزة من غيرها من الشخصيات وذات حياة ونشاط مالي في حاضر الزمن ومستقبله دون التفات إلى زمن معين كانت عبارة كما قدمنا عن صفة معنوية توحي بالقدرة على التملك والتمليك وتمثل جميع الحقوق والواجبات المالية على وجه معنوي لا مادي، ولا تتغير ذاتها بتغير الأفراد - ولا باختلاف الثراء والنشاط. مثلها مثل الأمة لا تتغير بنقص أفرادها ولا بزيادتهم، بينا أنها تشمل جميع أفرادها، ذلك معناها في الفقه اللاتيني، أما معناها في الفقه الألماني فقد قدمنا أنها عندهم عبارة عن مجموعة من الأموال خصصت لغرض معين فكان ارتباطها بذلك الغرض لا بشخص معين.

ولا شك أن هذه نظرة واقعية لا تقوم على الخيال والتصور.

ومن هذا البيان يتضح أن معنى الذمة في الفقه الإسلامي يختلف عن معناها في الفقه الغربي بعض الاختلاف، وأنها في الفقه الإسلامي ذات معان مختلفة على حسب ما بينا، أقربها إلى معناها في الفقه الغربي اللاتيني ما ذهب إليه الحنفية - ومع هذا فإن بين ما ذهب إليه الحنفية وما ذهب إليه الفقه الوضعي اختلافًا بينا، فهي عند الحنفية صفة تنبئ عن قابلية صاحبها أو صلاحيته لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، سواء أكانت مالية أم غير مالية. وقد افترضت فيه أو أعطيت له نتيجة لصالحيته عند الشارع لثبوت الحقوق ولزوم التكاليف نظرًا إلى خصائص معينة فيه أهمها الإنسانية وقابلية التميز، ولذلك فهي لا تمثل شخصيته الاقتصادية عندهم وإذا اعتبرتها ممثلة لشيء فلا تمثل إلا شخصيته الإنسانية، أما في الفقه الغربي اللاتيني فقد رأيت أنها عندهم تمثل شخصية صاحبها الاقتصادية على الوضع الذي شرحناه، وعلى ذلك يرى أن الفارق بينهما إنما هو في الملحظ والاعتبار. ولهذا لم تختص عندهم بالإنسان كما ذهب إلى ذلك فقهاء الإسلام، وإن كانت حلول هؤلاء الفقهاء لبعض المسائل لا تتسق مع ذلك وفي إخضاعها لهذه النظرية عندهم صعوبات وتمحلات لا يستساغ قبولها، ويمكن تلخيص النتائج التي أسست على الاختلاف بين النظرين فيما يلي:

أولاً: أن الذمة فيما يرى الحنفية وصف يؤسس عليه ثبوت الحقوق ولزوم التكاليف وتترتب عليه أهلية الوجوب، بينما يرى أنها في الفقه الغربي اللاتيني مجموعة الحقوق والواجبات في الحال والمستقبل على الوضع الذي شرحناه، أي دون أن تعد مكونة من أعيانها وذواتها.

ثانيًا: أنها في الفقه الإسلامي أساسًا للالتزام سواء أكان ماليًا أم غيرمالي، بينما يرى أنها في الفقه الغربي اللاتيني لا يراعى فيها إلا الالتزام المالي الذي يقوم بالمال أي الحق المالي.

ثالثًا: أنها في الفقه الإسلامي تقوم على الشخصية الإنسانية، أما في الفقه الغربي اللاتيني فتقوم على الشخصية الاقتصادية أي على ما لصاحبها من نشاط اقتصادي مالي في حاضره ومستقبله، ولذا أمكن أن تثبت للشخص الاعتباري.

رابعًا: أن الفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كأنها شخصية قانونية لا حصيلة من المال أو النشاط فيه بينما ينظر إليها الفقه الغربي اللاتيني على أنها مجموعة من الحقوق والواجبات ينظر إليها جملة وإلى ما يمكن أن يكون لصاحبها من نشاط في المستقبل دون نظر إلى عناصرها وما تتكون منه من أعيان.

على أنهم مع هذه الفروق قد انتهى النظر في الفقهين عند حلول المسائل إلى النتائج الآتية:

١- أن الذمة لا تثبت إلا لشخص وإن لكل شخص ذمة، مع ملاحظة ما لمذهب الحنفية في ذلك من أنه لا يراد إلا الشخص الطبيعي. وبناء على ذلك لا يكون لعدة أشخاص ذمة واحدة.

٢- أن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة فلا يكون له ذمتان مستقلة إحداهما عن الأخرى خلافًا للفقه الألماني وإلى ما يرى من إثبات ذمة لصغير بلغ السادسة عشرة من عمره وجمع من عمله مالا فإن ما يلزمه في مجال عمله يكون فيما جمعه منه لا في أمواله الأصلية؛ وذلك ما يجعل له في هذه الحال ذمتين: ذمة أصيلة ثبتت له من وقت ولادته، وذمة حادثة مستقلة عن السابقة ثبتت له من وقت عمله.

٣- أن الذمة تعتبر ضمانًا عامًّا لكل دائن فلا يختص بها دائن دون آخر، وذلك على أن يكون الجانب الإيجابي منها فيه ضمان الجانب السلبي منها دون تحديد لما هو كائن وواقع.

٤- لا يوجد إنسان حي من غير ذمة ولا يستطيع الإنسان أن يتخلى عن ذمته في حياته بأي شكل من الأشكال لأنها صفة ذاتية له.

٥- لما كانت الذمة أمرًا معنويًّا مفترضًا وكانت هي المحل للمطالبة بالالتزامات كان تصرف المدين في عين معينة من ماله نافذًا دون أن يكون لدائنيه حق الاعتراض على هذا التصرف إلا أن يجنح بتصرفه إلى الغش والإضرار بدائنيه فإن لهم حينئذ الحق في أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم باعتراضهم على هذا التصرف وطلب إبطاله؛ وهذا هو ما يظهر أيضًا عند المالكية.

٦- لا تفنى الذمة ولا تزول على الجملة بالوفاة فكثيرًا ما تبقى في صورة تركة إلى أن تصفى. وفي هذا خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة.

الحق الشخصي والحق العيني:

يعمد الفقه الغربي إلى قسمة الحق المالي قسمين: الحق العيني - والحق الشخصي.

والحق المالي في نظره ما كان محله المال أو ما تمثل في مصلحة ترتبط بالمال وتقوم به في نظر القانون، ومنه يتكون العنصر الإيجابي للذمة ويعد من ثروة صاحبه، وقد يكون محله مادة وقد يكون محله منفعة من المنافع وذلك كحق الملكية وحق الدين وحق المستأجر في المنفعة ونحو ذلك.

ويعرف علماء هذا الفقه الحق العيني بأنه سلطة يقرها القانون لشخص معين على عين معينة بالذات. وبهذه السلطة يستطيع مالكه أن ينتفع بهذه العين على الوضع الذي يقتضيه ذلك الحق وأن يحصل منه على كل فائدة يمكن تحصيلها منه دون واسطة في حدود حقه؛ ولهذا كان فيه عنصران: صاحب الحق، ومحل الحق. ولذا قيل في وصفه إنه حق في شيء ولصاحبه أن يتمسك به ضد الكافة دون معارضة من أحد وذلك كحق الملكية. ويعرفون الحق الشخصي بأنه رابطة بين طرفين: شخصين أو أكثر تستوجب على أحد الطرفين للآخر إعطاء شيء أو قيامًا بعمل أو امتناعًا عن عمل، ولذا قيل في وصفه إنه حق متعلق بشخص فلا يطالب به غيره ولا يتمتع به صاحبه إلا بواسطة ذلك الشخص. وكان فيه ثلاثة عناصر: صاحب الحق "الدائن"، ومن عليه الحق "المدين"، ومحل الحق - وذلك الحق كحق المستأجر في أن يتسلم العين المستأجرة من المؤجر.

ويظهر الفرق بين هذين الحقين في ناحيتين:

أولاهما: أن الحق العيني سلطة يختلف مداها ومقتضاها باختلاف الحق وتصب مباشرة على عين معينة بالذات لا بالنوع دون حاجة إلى توسط شخص آخر، وأن الحق الشخصي ليس إلا رابطة والتزامًا بين شخصين.

ثانيتهما: أن محل الحق العيني مال معين ومحل الحق الشخصي فعل خارجي أو نفسي أي امتناع عن فعل "ومن هذا كان الأصل في الحق العيني الأصلي أي غير التبعي ألا يكون مؤقتًا بمدة لأنه متعلق بعين معينة بذاتها فهو لاصق بها باق ببقائها. أما الشخصي فعلى خلاف ذلك يقتضي وضعه وتعلقه أن يكون مؤقتًا لأنه متعلق بالأشخاص حال حياتهم ووجودهم، ووجودهم مؤقت.

ذلك ما ذهب إليه الفقه الغربي في التعريف بالحق العيني والحق الشخصي والتمييز بينهما.

الحق العيني والحق الشخصي في الفقه الإسلامي:

علمنا فيما سبق أن الحق المالي في الفقه الغربي انقسم قسمين: حق عيني، وحق شخصي، فكانا فيه قسمين للحق المالي في الفقه الغربي وذلك ما يقتضينا أن ننظر أولاً إلى الحق المالي في الفقه الإسلامي ثم ننظر بعد ذلك إلى أنواعه. وقد عرفنا أن علماء الفقه الغربي يريدون بالحق المالي ما تمثل في مصلحة مادية أو أدبية تقوم بالمالي في نظر القانون، ولكن فقهاء الشريعة لم يتعرضوا لقسمة الحق إلى حق مالي وحق غير مالي على الرغم من أنهم قد يصفون بعض الحقوق بأنها حقوق مالية وبعضها بأنه ليس ماليًّا، ومع هذا لم يعنوا بتعريف الحق المالي وإن عنوا بتعريف المال وتعرضوا لتعداد الحقوق التي يجوز الاعتياض عنها بمال والحقوق التي تنتقل بالوراثة ووصفوها بأنها حقوق مالية، كما تعرضوا لتعداد الحقوق التي لا تقبل ذلك ونفوا عنها وصف المالية وكان بيانهم هذا بسردها وذكر أحكامها دون تعرض لاستنباط قاعدة عامة أو ضابط كلي ينتظم الحقوق التي يصح الاعتياض عنها بالمال وتنتقل بالوراثة. فذكروا منها حق الدين وحق الدية وحق الأرض في الأطراف وحق الشرب وحق المرور وحق التعلي وحق المنفعة وما إلى ذلك، واختلفوا حسب اختلاف مذاهبهم في بعضها فمنهم: من أجاز الاعتياض عنه وقال إنه ينقلب مالا بالاقتضاء والقبض أو بالمعاوضة فكانت من الحقوق المالية، ومنهم من لم ير ذلك، ومن هذا نستطيع أن نتعرف ما يريدون بالحق المالي وأنهم يعنون به في هذا الموضع ما أمكن أن يعتاض عنه

بالمال أو انتقل بالوراثة إلى الورثة وأفراده بهذا المعنى محصورة قليلة العدد وإن اختلف عددها باختلاف المذاهب قلة وكثرة كما قلنا؛ فكانت عند الحنفية مثلاً أقل عددًا منها عند المالكية. وعلى هذا الأساس نستطيع أن نقرر أن الحق المالي في الفقه الوضعي أوسع دائرة وأكثر عددًا منه في الفقه الإسلامي وبخاصة إذا لاحظنا مع ذلك أن المال في الفقه الوضعي أوسع منه في الفقه الإسلامي. ومن هذا نرى أن مقسم الحق العيني والحق الشخصي في الفقه الوضعي غير محدد في الفقه الإسلامي ولا محصورة أفراده حصرًا متفقًا عليه في الفقه الإسلامي.

على أنه إذا صح افتراضًا إطلاق اسم الحق المالي لدى فقهاء الإسلام على كل حق يتعلق بالمال وهذا ما فعله القرافي في الفروق[1]؛ فإنه بهذا المعنى أضيق دائرة وأقل شمولاً من الحق المالي في الفقه الوضعي لما علمت من أن المال في الفقه الوضعي أوسع دائرة منه في الفقه الإسلامي - ومن هذا تتضح ناحية هامة من نواحي الخلاف بين الفقهين من مقسم الحق العيني والحق الشخصي وذلك ما قد تخفى معه قسمة الحق في الفقه الإسلامي إلى حق عيني وحق شخصي وبحث هذه القسمة على وضعها في الفقه الغربي.

كذلك لم يعرف أن فقهاء الشريعة قد تعرضوا إلى قسمة الحق إلى حق عيني وحق شخصي، ولا إلى التميز بين أفراد الحقوق المتصلة بالمال من ناحية توقف الانتفاع بها على توسط شخص آخر غير صاحبها أو عدم توقفه، ولم يصطلحوا على تسميتها بهذين الاسمين بناءً على ذلك وإن كانت هذه الأفراد معروفة بذواتها في الفقه الإسلامي، وتعرض علماؤه لبيان أحكامها فردًا فردًا عند الاقتضاء دون نظمها تحت ضوابط عامة وأحكام كلية تجعلها مجموعات لكل مجموعة قواعدها وأحكامها التي تنتظم أفرادها.

وفي رأيي أن الحقوق العينية وهي حقوق محصورة قليلة العدد في القانون المدني لم تتجاوز الحقوق الآتية، وهو حق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق

(١) الفروق للقرافي، ص ١٩٧.

الاختصاص - لا تتفق في جميع أحكامها في الفقه الإسلامي بل تختلف في كثير منها اختلافًا يستوجب ذكر كل منها بالذات لبيان أحكامه الخاصة به، ولم ير فيها فقهاء الشريعة مع هذا الوضع ما يستوجب إدماجها وجمعها تحت اسم واحد يدرس وتبين أحكامه فيكون ذلك بيانًا لأحكامها لعدم الفائدة من ذلك؛ نظرًا لاضطرارهم إلى سردها لبيان حكم كل منها وآثروا لذلك أن يذكروا كل حق من هذه الحقوق ويبينوا أحكامه في موضعه الذي يذكر فيه.

ولذا نراهم تكلموا على الملك وقسموه إلى ملك تام يتمثل في ملك الرقبة ومنفعتها جميعًا، وإلى ملك ناقص يتمثل في ملك الرقبة وحدها كما في بعض صور الوصية أو في المنفعة وحدها كما في الإجارة. وجعلوا من ملك المنفعة حقوق الارتفاق وبينوا أحكام ذلك جميعه فانتظم بيانهم هذا التعريف بحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق - وكذلك تكلموا على حق رهن العقار في كتاب الرهن كما تكلموا على حق الاختصاص، ولهذا انعدمت الداعية عندهم إلى قسمة الحق إلى حق عيني وحق شخصي، وبخاصة إذا لوحظ أنهم لم يعنوا ببيان الحق المالي بيانًا ينضبط به ويتحدد وهو الحق الذي جعله الفقه الغربي مقسمًا لهذين الحقين كما قدمنا. وقد تبع ذلك أن فعلوا فيما سماه الفقه الوضعي بالحقوق الشخصية ما فعلوه في الحقوق العينية فاكتفوا ببيان كل حق منها وحكمه عند بيان سببه المنشئ له. ففي البيع تكلموا على ما قد ينشأ عنه وعن الاشتراط فيه من الحقوق الشخصية وأحكامها، وكذلك تكلموا في الإجارة وفي الرهن وفي العارية وفي غيرها من العقود - ومن هذا اختفى في الفقه الإسلامي قسمة الحق إلى حق عيني وحق شخصي والتمييز بينهما، كما اختفت فيه هذه التسمية بهذا المعنى.

وعلى أية حال فإن الفقه الإسلامي يعرف الحقوق العينية، بذواتها، فهو يعرف الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق ورهن الحيازة إذ هو عبارة عن الرهن في الفقه الإسلامي، وحق الامتياز إذ تكلم عليه كما تقدم في عقد الرهن. وحق الاختصاص ذهب إليه زفر وأقره في اختصاص المحال بما تقيد به الحوالة من مال بعد انفساخها

بوفاة المحيل، وتكلم عنه الشافعية أيضًا بمعنى آخر هو اختصاص الإنسان بعين من الأعيان دون أن يتملكها ولم يبق إلا الرهن الرسمي وهو في الواقع تطور لرهن الحيازة على أن من فقهاء الإباضية من رأى في الرهن رأيًا يقاربه فلم يشترط في الرهن القبض بل اكتفى فيه بالإيجاب والقبول.

الإرادة المنفردة والعقد

أكثر ما يطلق عليه اسم العقد في الشريعة الإسلامية هو ما يتم به الارتباط بين شخصين متعاقدين، وإن شئت قلت ما يتم به الارتباط بين إرادتيهما، وقلَّ أن تجد في عبارات الفقهاء عند تعريفهم بالعقود غير هذا فيريدون بالعقد الكلامين المرتبطين المعبرين عن إرادتي المتعاقدين أو ما يقوم مقامهما.

وقد يطلقه بعضهم على فعل العاقدين فيعرفونه بأنه الربط بين كلامين صادرين من شخصين معبرين عن إرادتيهما في إنشاء رابطة شرعية بينهما - وإن شئت قلت في إنشاء التزام شرعي بينهما. وهذا الربط كما هو معلوم إنما يتم بإصدار الإيجاب معلقًا على القبول وإصدار القبول موجهًا إلى الإيجاب.

وبناءً على هذا الإطلاق يرى أن العقد يستوجب طرفين له أو أنه لا يكون إلا بين طرفين لكل طرف إرادة تتفق وتتوافق مع إرادة الآخر.

وقد يطلقه بعض الفقهاء على ما هو أعم من ذلك وهو الالتزام الشرعي المبرم سواء أتم بين طرفين كما في البيع والإجارة ونحوهما أو حدث من جانب واحد كما في الوقف - ويلاحظ أن هذا الإطلاق عند المالكية والشافعية والحنابلة أكثر منه عند الحنفية. وبناءً على هذا لا يستوجب العقد بهذا الإطلاق وجود طرفين له في جميع حالاته بل قد يكون من جانب واحد في بعض حالاته. وهذه الحالات التي يكون فيها من جانب واحد هي ما يطلق عليها في الفقه الغربي حالات الإرادة المنفردة - ويطلق عليها فقهاء الإسلام حالات الالتزام إطلاقًا لغويًا أكثر منه إطلاقًا اصطلاحيًا أو اسم التصرف وذلك دون اختصاصها بهذا الاسم.

وإذن فالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي هي التي تنشئ التزامًا أو تعهدًا في جانب صاحبها بعبارته الكاشفة عنها وحدها. كما في الوقف والطلاق المجرد والنذر ونحو ذلك مما سيأتي بيانه. ولا يستعمل في الفقه الإسلامي في الدلالة على ذلك اسم الإرادة المنفردة إلا في عبارات الفقهاء المحدثين عن طريق العارية من الفقه الغربي وذلك في كتب الفقه الحديثة.

أما في الفقه الغربي فالعقد لا يكون ولا يتم إلا بين طرفين، ذلك لأنه يعرف فيه بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهاءه، وعلى ذلك لا تسمى الإرادة المنفردة في ذلك الفقه عقدًا وإن نشأ عنها في نظره التزام في بعض الأحوال.

وفي الفقهين قد يتم العقد بكلام صادر من شخص واحد كاشف عن إرادة من باشره التي حلت وقامت مقام إرادتين، كما إذا أنشأ العقد عاقد واحد هو وكيل عن طرفيه أو ولي عنهما أو كان أصيلاً فيه ووليًّا أو وكيلاً عن الطرف الآخر، وهذه الأحوال هي ما يطلق عليها في الفقه الغربي تعاقد الإنسان مع نفسه. وليست هذه الأحوال مما يتناولها اسم الإرادة المنفردة؛ ذلك لأن إرادة العاقد فيها حلت محل إرادتين وقامت مقامهما فكانت في واقع الأمر ممثلة لإرادتين متوافقتين هما إرادتا طرفي العقد الحقيقيين. وبذلك اتضح الفرق بين العقد والإرادة المنفردة وبخاصة في الفقه الغربي، فالالتزام إذا نشأ من توافق إرادتين أو بين طرفين سمي عقدًا ولا يتم إلا بإيجاب من جانب وقبول من جانب آخر. وقد يقوم بالإيجاب والقبول شخص واحد بحكم ما يثبت له من ولاية تسوغ له أن يقوم مقام طرفي العقد كما قدمنا آنفًا. وسيان في هذا أن يكون هذا الالتزام مجموع التزامين جعل فيه التزام أحدهما مقابلاً بالالتزام الآخر، فكانت المعاوضة بينهما هدفًا للعاقدين كما في عقود المعاوضات على العموم مثل البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والشركة والصلح والقسمة والقرض، وأن يكون مكونًا من إرادتين؛ إحداهما هي الملزمة لصاحبها دون أن تكون مقابلة بالتزام من الطرف الآخر - أما الأخرى فليست إلا تقبلاً ورضًا بهذا الالتزام كما في عقود

التبرعات على العموم مثل الهبة والعارية والرهن والوصية، فكل هذه الأنواع يتناولها اسم العقد في الفقه الغربي، ولا ينشأ بالإرادة المنفردة على هذا المعنى أي أنها لا تفيد أثرها إلا بناءً على اتفاق إرادتين أو بإيجاب وقبول.

أما الفقه الإسلامي فقد تبين لك فيما مر أن الغالب الكثير فيه هو إطلاق اسم العقد على ما يطلق عليه في الفقه الغربي فلا يطلق فيه إلا على ما ينشأ ويتم بين طرفين - وقد يطلق على ما هو أعم من ذلك فيتناول بهذا الإطلاق ما يتم من جانب واحد بإيجابه فقط، أما اسم الإرادة المنفردة فاصطلاح غير معروف في الفقه الإسلامي.

غير أنه ينبغي لنا في هذا المقام أن نعرض لما تعرض له فقهاء الحنفية عند كلامهم على التبرعات، ذلك أنهم حين تكلموا على عقود المعاوضات ذكروا أنها لا تتم إلا بين طرفين من أحدهما الإيجاب ومن الآخر القبول، ولذا كان كل من الإيجاب والقبول جزءًا من هذه العقود وسموا كلا منهما ركنًا لذلك، وحين عرضوا لبيان عقود التبرع اتفقوا على أن الإيجاب فيها ركن العقد واختلفوا في القبول، فمنهم من ذهب إلى أنه ركن أيضًا، ومنهم من لم ير ذلك وذهب إلى أنه شرط للعقد خارج عن ماهيته.

ذكروا ذلك في عقد الهبة فقال بعضهم إن ركنه الإيجاب فقط وأنه عقد تبرع، ومثله عقد الصدقة. قال الكاساني: ركن الهبة الإيجاب في حق الواهب لأنها عقد تبرع يتم بالمتبرع وحده ولكن لا يملك الموهوب له العين الموهوبة إلا بالقبول والقبض، وإلى ذلك ذهب خواهر زاده في مبسوطه إذ قال: إن ركن الهبة مجرد الإيجاب من الواهب. وقال آخرون الهبة اسم لإيجاب ملك من الواهب، وهذا يتم بالإيجاب منه وحده، أما القبول فشرط لثبوت الملك للموهوب له لا شرط لوجود الهبة. وقال صاحب التحفة: ركن الهبة الإيجاب والقبول لأنها عقد. وبمثل ما تقدم حدث الخلاف في الرهن فقيل إن ركنه هو الإيجاب فقط؛ لأن الالتزام والتسليط إنما هو من ناحية الراهن، واختلف المشايخ في القبول؛ فذهب بعضهم إلى أنه ركن أيضًا وذهب آخرون إلى أنه شرط. لأن الرهن عقد تبرع بالإيجاب من الراهن كالهبة والصدقة، ولا شك أن هذا البحث يجري في العارية أيضًا لأنها عقد تبرع بتمليك منافع العين

المعارة فيكفي في وجودها الإيجاب من المعير، أما تملك المستعير فلا يكون إلا بالقبول والقبض كما في الهبة. ولذا قالوا في الوديعة إنها تتم بمجرد الإيجاب في حق الأمانة فلو قال المغصوب منه للغاصب أودعتك بريء من الضمان فكان المغصوب في يده أمانة قبل أم لم يقبل[1]. أما القبول فهو في حق الحفظ لأنه التزام من جانب الوديع فلابد من قبوله.

وأساس هذا الخلاف والبحث كما يبدو هو أنهم لاحظوا أن عقود التبرع على العموم ليست إلا تصرفًا صادرًا ممن يملكه فيما هو خالص حقه، وأنه لهذا يجب أن ينفذ دون توقف على إرادة شخص آخر، فيتم بإرادة المتصرف المنفردة لأنه لا يمس حقًّا لغيره حتى يتوقف على قبوله وإرادته. وهو على هذا الأساس يعتبر تصرفًا ينشأ بإرادة صاحبه المنفردة فيوجد بمجرد الإيجاب، أما ظهور أثره بالنسبة إلى الطرف الآخر فلا تستقل به إرادة المتصرف إذ ليس له ولاية عليه، ولا يمكن أن يدخل في ملكه ما لا يريد ولا يرغب فوجب أن يقبل، لا ليوجد الالتزام ولكن ليظهر أثره في حق نفسه. وعلى هذا إذا نظرنا إلى التصرف باعتباره تصرفًا صادرًا في حق خالص لمن باشره دون أن يمس حق غيره صح لنا أن نقول إنه يتم بإرادته المنفردة. وإذا نظرنا إلى أن آثاره لا تترتب عليه ولا يكون لها وجود في الخارج إلا بقبول الطرف الآخر قلنا إنه عقد ولا يتم بالإرادة المنفردة وإنما يتم بإرادتين، ولعل اختلاف هذين النظرين هو مرجع اختلاف فقهاء الشريعة المار ذكره في القبول عند من جعله ركنًا أو شرطًا.

أما فقهاء الغرب فلم يعتبروا للعقد وجودًا إلا بوجود آثاره، وهي لا توجد إلا بتوافق إرادتين دل عليهما الإيجاب والقبول، وعقود المعاوضات وعقود التبرع في ذلك سواء، فلهذا لم يفرقوا بين عقود المعاوضات وعقود التبرع. وكان لهم بسبب ذلك اصطلاحهم في العقد والإرادة المنفردة وما ينشأ بها.

---

(١) راجع حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي، ج٥، ص٧٦، ص٩١؛ وحاشية أبي السعود علي ملا مسكين، ص٣، ص٢٠٧، ٢١٠، ٤٣٥؛ وتبيين الحقائق للزيلعي، ج٦، ص٦٢، ومثل ذلك في كثير من كتب الحنفية كالبدائع للكاساني وغيره.

ومن هذا يتبين إذا جرينا في الفقه الإسلامي على اصطلاح فقهاء الغرب فيما ذهبوا إليه في الإرادة المنفردة لم يكن خلاف بين الفقهين فيما ينشأ بالإرادة المنفردة إلا في بعض العقود التي لا تنشأ في القانون إلا بإيجاب وقبول، بينما يرى فقهاء الشريعة أنها تنشأ بالإيجاب فقط، وذلك كالإبراء عند بعض الفقهاء، وكذلك الكفالة عند بعضهم.

أما إذا اتخذنا في ذلك موقفًا يتلاءم مع ما نقلناه عن فقهاء الشريعة من نظر وبحث في التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع من أن التبرع حق لمالكه فلا يتوقف وجوده على إرادة غيره، وذلك بخلاف المعاوضة، كان ما ينشأ ويوجد بالإرادة المنفردة على هذا الأساس جميع التبرعات وما في حكمها من الإسقاطات، سواء أتمت وظهرت آثارها بالإيجاب وحده أم توقف ظهور أثرها على القبول بعد وجودها ونشأتها بالإيجاب إذ ليس الالتزام في هذه الحال - فيما أرى - بأقل حالاً من التزام بإرادة منفردة علق على شرط واقف هو قبول المتبرع له، فإن تعليقه عليه لا يمنع من نشأته كالإرادة المنفردة، وعلى ذلك فلا يبعد أن يقال إن ما يتوقف من عقود التبرعات في ظهور أثره على القبول هو من هذا القبيل لأنه حق في الواقع على قبول المتبرع له فتوقف ظهور أثره لذلك على صدور هذا القبول.

لهذا كان علينا في هذا البحث أن نعرض لجميع ما ينشأ بإيجاب الموجب وإن توقف ظهور أثره على القبول، وبخاصة إذا لاحظنا أن من ذلك ما يرى فيه بعض الفقهاء أن أثره كذلك يترتب عليه إثر وجوده دون توقف على قبول أحد. كما أنه لا يفوتنا أن نشير في هذا المقام إلى أن ما ينشأ بالإيجاب وحده سواء منه ما توقف ظهور أثره على صدور قبول من طرف آخر كالعارية والوكالة، أو ما لا يتوقف ظهور أثره على قبول كالإذن للصغير بالتصرف، يرى أن منه ما يلزم بمجرد صدوره كالإبراء والوقف والكفالة عند كثير من الفقهاء، وهذا ما يترتب عليه التزام بالمعنى الذي اصطلح عليه في الفقه الغربي ويعده الفقه الغربي بناء على هذا قد نشأ بالإرادة المنفردة - وإن كان لا يرى أن الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده، ومنه ما لا يلزم حتى بعد

قبوله كالعارية والوكالة، ومنه ما لا يلزم قبل قبوله ولكنه يلزم بعد قبوله أو بعد القبض كالكفالة عند بعض الفقهاء والرهن عند بعضهم والهبة والإبراء كذلك.

وفي هذه الحال يلاحظ اختلاف الفقهين الإسلامي والغربي في تسمية ما ينشأ من الأثر في هذه الحال التزامًا، فهو في الفقه الغربي لا يسمى التزامًا لأنه ليس باتًّا ملزمًا، والفقه الإسلامي وإن كان لا اصطلاح له فيما يسمى التزامًا إلا أن ذلك لا يعني إغفاله لهذا النوع من الآثار. فالواقع أنه اعتد به ورتب عليه بعض النتائج مما سنبينه عند كلامنا على كل نوع منه.

وقد يعترض هذا البيان أن الوعد بجائزة يجوز العدول عنه إذا لم يوقت بمدة محددة، وقد سمي في الفقه الغربي التزامًا مع ذلك، غير أن تسميته التزام في هذه الحال قد روعي فيها أنه التزام معلق على شرط واقف هو الشروع في العمل. وإذن فلنسرع في بيان الإرادة المنفردة وما لها من سلطان.

الإرادة المنفردة

إذا كانت هذه التسمية مستعارة من الفقه الغربي ولم يستعملها الباحثون في الفقه الإسلامي إلا الفقهاء المتأخرون، فإن مسماها معروف في الفقه الإسلامي منذ القدم، وقد يعبر عنه فيه "بالإيجاب" غير مقترن بالقبول وذلك مثل قولهم في الكفالة: إنها تتم بإيجاب الكفيل وحده ويكون بأن يصدر منه ما يدل على إرادته من قول أو ما يقوم مقامه - ومثل قولهم في الوقف إنه يتم بعبارة الواقف التي تدل على معنى الوقف.

إذن فما يتم ويظهر أثره بالإيجاب وحده في الشريعة الإسلامية هو ما يتم بالإرادة المنفردة على الاصطلاح في الفقه الوضعي - وإن كان منه ما لا يتم فيه بذلك كالكفالة، والأمر المتفق عليه في الفقهين أن الإرادة المنفردة صالحة لأن تكون أساسًا لتصرف شرعي أو قانوني تترتب عليه آثار شرعية أو قانونية سواء في الشريعة أو في القانون وذلك على خلاف بينهما في مدى نطاق هذه الصلاحية كما سيأتي بيان ذلك.

ولكن محل النظرية في الفقهين هو صلاحيتها لأن تكون مصدرًا عامًّا للالتزام بمعناه المصطلح عليه في الفقه الوضعي. ذلك أن الرأي السائد في الفقه الوضعي هو أنها لا تصلح لذلك؛ لأن وجود الالتزام بمعناه القانوني يلزمه وجوب تنفيذه، بحيث يكون الملتزم مسئولاً عن الإخلال به وبطلان عدوله عنه، وذلك ما لا يتحقق قانونًا إلا إذا تم بتوافق إرادتين حتى يكون كل من الملتزمين مقيدًا فيه بإرادة صاحبه فلا يتم التحلل منه إلا باتفاقهما. وبناء على ذلك لا ينشأ الالتزام في هذا الفقه إلا بعقد ولا تكون الإرادة المنفردة صالحة لإنشائه ولا تعتبر مصدرًا من مصادره إلا فيما استثنى كالوعد بجائزة. وأساس ذلك في هذا الفقه هو فكرة الرابطة الشخصية التي تنعقد بين شخصين، وهي التي يمثلها الالتزام.

أما في الفقه الإسلامي فإن فقهاءه يرون هذا الرأي السابق إذا كان التزام الملتزم مقابلاً بالتزام آخر. أو بعبارة أعم إذا تضمن إيجاب الموجب التزامًا وتكليفًا لمن وجه إليه الإيجاب، فعند ذلك لا ينشأ الالتزام بإيجاب وقبول، أو إلا بإرادتين، أو إلا بين طرفين أحدهما موجب والآخر قابل، حتى لا يلزم إنسان بما لم يلتزم.

أما في غير هذه الأحوال فإن نظرية التبرع تتحكم وتنطبق، وهي تقضي أن تصرف الإنسان في خالص حقه دون مساس بحق غيره لا يتوقف على إرادة غيره، إذ ليس لغيره ولاية عليه ولا على حقوقه. وعلى ذلك يتم التبرع في هذا الحال بإرادة المتبرع وحده أي بإرادته المنفردة، غير أن هذا التبرع ليس إلا عهدًا أو عقدًا "بالمعنى العام".

على هذا الأساس ذهب بعض الفقهاء المالكيين إلى أنه ملزم لا يملك المتبرع التحلل منه تطبيقًا لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ... ﴿١﴾ ﴾ [المائدة]، وفي هذه الحال ينطبق عليه اسم الالتزام بالمعنى القانوني كما ستأتي الإشارة إلى ذلك.

ومن الفقهاء من فرق بين تبرع يفيد تمليكًا كالهبة وتبرع لا يفيد تمليكًا كالكفالة، فذهب إلى أن الثاني ينشأ بالإيجاب وحده ولا يملك صاحبه العدول عنه، ومن ثم يعد التزامًا نشأ بالإرادة المنفردة بالمعنى القانوني.

أما الأول فلا يتم إلا بين طرفين بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر، بناء على أنه ليس للموجب المتبرع ولاية تمليك إنسان بغير إرادته، إذ لا يدخل في ملك إنسان إلا ما يريد - ما عدا الإرث - لما سنذكره. ومن ثم كان هذا التصرف عقدًا نظرًا إلى أنه لا يتم إلا بين طرفين ولم يكن مما ينشأ بالإرادة المنفردة بالاصطلاح القانوني.

ولكن إذا نظر إليه باعتبار أنه تصرف من المتبرع في خالص حقه دون مساس بحق غيره، وذلك ما يستوجب تمامه بإرادة صاحبه المنفردة، أمكن أن يقال إنه من ناحية نشأته يتم بالإرادة المنفردة، ولكن ظهور أثره يتوقف على قبول المتبرع له، وذلك أمر آخر غير وجوده ونشأته. أما جواز العدول عنه من المتبرع فذلك ما يختلف باختلاف أحواله كما سنبين ذلك.

ومجال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي أوسع منه في الفقه الغربي إذ يتجاوزه إلى مسافات تتسم بالسعة - فإذا كانت في الفقهين تترتب عليها آثار قانونية متعددة مختلفة، إذ تكون سببًا لاكتساب الملكية كما في الوصية عند بعض الفقهاء، وفي اكتساب حق الانتفاع كما في الوقف عند الحنفية، وفي إسقاط بعض الحقوق، سواء منها ما يسمى في القانون بالحقوق العينية كما في النزول عن حق الملكية عند بعض الفقهاء، وحق الارتفاق، وحق الرهن، وحق الانتفاع، وما لا يسمى بذلك كما في إسقاط حق الشفعة، والإبراء من الدين، وفي إبرام عقد قابل للإبطال، كما في إجازة العقد الموقوف، أو العقد الجائز. وفي سريان العقد على الغير كما في إقرار عقد الفضولي في ملك غيره وفي إنهاء بعض العقود كما في الوكالة والوديعة والعارية - إذا كان هذا شأنها في الفقهين - فإنها في الفقه الإسلامي تنشأ بها تصرفات أخرى لا تنشأ في الفقه الغربي إلا بتقابل إرادتين. بينما يرى أنها تتم في الفقه الإسلامي بالإيجاب وحده، وذلك كما في الكفالة عند جمهور الفقهاء، والحوالة في بعض صورها عند بعض الفقهاء. في حين أن ذلك لا يتم في الفقه الغربي إلا بالإيجاب والقبول. وكذلك يتم بها في الفقه الإسلامي التزامات أخرى كالطلاق والرجعة والنذر وغير ذلك مما سنعرض له فيما يأتي.

 

وعلى ذلك يرى مما تقدم أنه ليس في اعتبارها سببًا تنتج عنه آثار قانونية متعددة خلاف - ولكن ذلك لا يتبين منه إلى أي مدى تعتبر الإرادة المنفردة مصدرًا أو سببًا تترتب عليه آثار قانونية؟

وعلى أية حال فالملاحظ أنها في الفقه الإسلامي قد تكون مصدرًا وسببًا للالتزام المالي "الحق الشخصي"، والمراد به في هذا الفقه الديني - وذلك كما في الكفالة والنذر والجعالة مما سنبينه، وقد تكون سببًا لالتزام غير مالي كما في الطلاق وإسقاط الشفعة ونحو ذلك مما سنعرض له فيما بعد.

وأما في الفقه الغربي فقد جعلت سببًا ومصدرًا للحق الشخصي في حالات معدودة عينها القانون واختلف أربابه فيما عدا هذه الحالات على ما سنبينه:

ولنعرض لذلك في إجمال قبل أن نفصل القول فيه.

الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي:

أظهر دليل يدل على أن الإرادة المنفردة مصدر للالتزام في قوله تعالى في سورة يوسف: ﴿ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾، فقد أقر القرآن ذلك الالتزام[1]، وهو التزام تابع الملك بحمل بعير لمن جاء بالصواع.

ولم تختلف آراء فقهاء الإسلام في عدم صلاحية الإرادة المنفردة لأن تكون سببًا عامًّا لكل التزام بات لازم يؤخذ به صاحبه سواء أكان دينًا أم غير دين. وإنما اختلفت آراؤهم في مدى صلاحيتها لأن تكون سببًا للالتزام البات الملزم.

فجمهورهم على أنها إنما جعلت في الشريعة الإسلامية سببًا للالتزام البات الملزم على وجه الإجمال وفي بعض الأحوال فقط: وهي أحوال معدودة بينتها الشريعة

---

(١) وقبل هذه الآية: ﴿ فَلَمَّا جَهَّزَهُم بِجَهَازِهِمْ جَعَلَ ٱلسِّقَايَةَ فِى رَحْلِ أَخِيهِ ثُمَّ أَذَّنَ مُؤَذِّنٌ أَيَّتُهَا ٱلْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسَٰرِقُونَ ﴿٧٠﴾ قَالُواْ وَأَقْبَلُواْ عَلَيْهِم مَّاذَا تَفْقِدُونَ ﴿٧١﴾ قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾ - أي كفيل ملتزم بأدائه إلى من يأتي به (والصواع إناء كان يسقى به؛ ولذا سمي سقاية ويكال به؛ ولذا سمي صواعًا).

ونصت عليها - ومنها ما كانت الإرادة المنفردة فيه مصدرًا للدين. ومنها ما كانت فيه مصدرًا للالتزام غير دين. فمن الأحوال الأولى الكفالة والنذر والوصية كما سنبين ذلك. فإن الكفيل يلتزم بالمكفول به بإرادته المنفردة إذ يصير مطالبًا بالدين بمجرد قوله للدائن كفلت لك دينك قبل فلان، وإن لم يتبع الدائن ذلك الإيجاب بقبول يصدر منه ذلك هو رأي المالكية والحنابلة وأصح القولين عند الشافعية وهو رأي الزيدية وما ذهب إليه أبو يوسف أخيرًا. أما عند الطرفين فإنه يتوقف على قبول المكفول له وهو رأي أهل الظاهر والشيعة الجعفرية. والناذر يصير مدينًا بما نذره بمجرد قوله؛ فإذا قال شخص: نذرت لله أن أتصدق بمائة جنيه على فلان الفقير لزمه ذلك في ذمته بالانتهاء من عبارته عند بعض الفقهاء، والموصي إذا قال: أوصيت لفقراء بلدتي بألف جنيه ومات مصرًّا على وصيته لزم ذلك في تركته إذا وسعه ثلثها، وإن كان لا يسمى دينًا حقيقة في اصطلاحهم، وهكذا.

ومن الأحوال الثانية المطلق يلزمه الطلاق وانفصام العقدة بينه وبين زوجه بمجرد قوله لها: أنت طالق. أو قوله: فلانة زوجتي طالق. ومالك الرقيق يلزمه سقوط ملكه فيه وحرية عبده بقوله: أعتقت عبدي فلانًا - والشفيع يلزمه سقوط حقه في الشفعة بمجرد قوله: أسقطت حقي في شفعة هذا العقار مثلاً. وكذلك المسقط حقه يلزمه سقوط حقه بمجرد عبارته، وعلى هذا الرأي تعد الإرادة المنفردة مصدرًا في دائرة حددتها الشريعة لا تتجاوزها.

وذهب بعض المالكية إلى أنها مصدر عام للالتزام بالدين في جميع الحالات على ما سنبين، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ... ١﴾ [المائدة]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ٢ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ٣﴾ [الصف]، وغير ذلك من النصوص الشرعية التي تدل على وجود التزام الإنسان بما يصدر منه من عهد. أما في غير ذلك من الالتزامات فلا تصلح مصدرًا عامًّا. فليس يترتب عليها التزام إلا فيما نص الشارع عليه من ذلك. أما في غيره فلا - فمن قال حرمت على نفسي هذا الطعام أو هذا اللباس وكلاهما حلال له، لم يلزمه تحريم. وهكذا على ما سنفصل القول فيه، وعلى ذلك فليس من

فقهاء الشريعة من ينكر على الإرادة المنفردة صلاحيتها في الجملة لأن تكون سببًا تترتب عليه آثار متعددة منها الدين وغيره، ولم يكن ما ذهبوا إليه نتيجة تطور في هذا الفقه، بل كان ذلك هو ما وصلوا إليه منذ البداية - ونتيجة المذهبين أنها ليست مصدرًا عامًّا في غير الأموال، أما في الأموال والتزامها ففيها المذهبان المذكوران.

الإرادة المنفردة في الفقه الغربي:

كان العقد في بداية الأمر هو المصدر الوحيد للالتزام، فلم يكن ينشأ إلا بتوافق إرادتين، ولم تكن الإرادة المنفردة صالحة لإنشائه، وبعد حقبة من الزمن ظهرت في ألمانيا نظرية جديدة تقضي بأن الإرادة المنفردة تكفي وحدها كذلك لإنشاء التزام، وأخذت هذه النظرية تنازع العقد مركزه الذي تبوأه من قبل فزعم أصحابها أن الآثار القانونية التي كانت مقصورة على توافق إرادتين فلم يكن تترتب إلا على العقد، تترتب كذلك على الإرادة المنفردة وحدها.

غير أن أصحاب هذه النظرية وأنصارها لم يتفقوا على وضع معين لها يستبين به مركزها بالنسبة للعقد، بل تشعبت بهم في ذلك المذهب على الوجه الآتي:

١- مذهب يرمي إلى أن يجعل من الإرادة المنفردة المصدر الوحيد لجميع الالتزامات التي يكون مصدرها الإرادة حتى أنهم ليرون أن العقد ليس إلا مجموع إرادتين منفردتين كل منهما مستقلة عن الأخرى إحداهما إرادة الموجب والأخرى إرادة القابل. ومؤدى ذلك أن هناك التزامين نشأ كل منهما عن إرادة منفردة خاصة بصاحبه: التزام الموجب والتزام القابل ولكل منهما محله ووقت نشأته. ويترتب على ذلك أن الإيجاب وحده في العقد ملزم فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه قبل القبول ما دام قائمًا.

واحتج أصحاب هذا المذهب بأن القول بأن العقد يبنى على توافق إرادتين قول لا يسنده الواقع، فإن الواقع أن أحد المتعاقدين يسبق صاحبه في إظهار إرادته، وذلك بإيجابه، ثم يتلوه الآخر فيظهر إرادته بالقبول والسابق منهما قد يغير إرادته في نفسه قبل أن يعلن الآخر إرادته فلا تتوافق الإرادتان. ولابد لنحقق توافقهما من أن

نفترض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه إلى أن صدر القبول من الآخر، وهذا افتراض الأولى أن نتجنبه لأنه قد يخالف الواقع وأن نواجه الحقيقة الواقعة كما هي، فنقول إن الملتزم في العقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة صاحبه، فيثبت لصاحبه حقًّا في ذمته بمجرد إعلانه إرادته. أما رضا صاحبه بهذا الحق فقد تطلبناه حتى لا يكتسب الدائن حقًّا بدون إرادته. وإلى هذا ما الذي يمنع عند النظر من أن يلتزم الإنسان بإرادته في الدائرة التي يسمح بها القانون وذلك مظهر من مظاهر حريته واستبداده بالتصرف في حقوقه الخاصة وما للإرادة من سلطان. أما القول بوجوب توافق الإرادتين فليس إلا بقية من الأشكال الغابرة التي كانت تحد من سلطان الإرادة قديماً والتي قضى عليها التطور حتى لم يبق منها إلا النذر اليسير الذي لا يستند في واقع الأمر إلى منطق. وإلى ذلك فإن الشخص وإذا كان لا يستطيع أن يلزم نفسه وأن يكون مدينًا بمحض إرادته فكيف يصح أن يلتزم باقتران إرادة أخرى بإرادته، وهي إرادة أجنبية عنه حين عجز عن أن يصير مدينًا بمحض إرادته، وإذا لم يكن لإرادته سلطان في إلزامه فكيف يصح أن يكون لإرادة غيره ذلك السلطان. وإذا لم يكن لكل منهما ذلك السلطان لم يكن أيضًا لمجموعهما، إذ ليس يكون من وراء اجتماع صفتين عدمتين أمر وجودي.

على أن القول بضرورة توافق إرادتين لوجود الالتزام يحول دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها القانون إذ بغير الإرادة المنفردة لا نستطيع أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بأن يقدم خدمة للمجتمع أو لمؤسسة من المؤسسات أو لمعبد من المعابد وذلك ما لا تستغني عنه المجتمعات وفي منعه حرج ولا يدفعه إلا القول بالإرادة المنفردة.

وبناء على هذا المذهب تصبح جميع العقود عبارة عن تصرفات صادرة من جانب واحد، بسبب ما يقضي به هذا المذهب من الفصل المطلق بين الإيجاب والقبول. وذلك ما يتعارض مع تكوين العقد من الناحية الفنية، إذ إن الأساس في ذلك هو تحقق الترابط الوثيق بين الإيجاب والقبول وما يفيده كل منهما من ناحية أن

نشوء كل منهما بإرادة صاحبه معلق ومتوقف على نشوء الآخر - فالموجب إنما يلتزم التزامًا معلقًا على وجود التزام القابل، وذلك ما لا يجوز معه أن نقول إن لكل التزام منهما وقتًا لوجوده، وأن أولهما يسبق في الوجود ثانيهما، على معنى أن الموجب بالبيع يلتزم فيه قبل أن يلتزم المشتري، فالواقع المستقر في نفس البائع أنه إنما يلتزم التزامًا معلقًا على قبول المشتري. فيوجد في وقت واحد لأن المعلق على شرط إنما يوجد عند وجود شرط.

وفيما أرى لا أجد أنه يترتب على هذا المذهب أن تصير جميع العقود عبارة عن تصرفات صادرة من جانب واحد، وبذلك تنعدم العقود بمبناها المعروف؛ ذلك لأن هذا المذهب إنما يقوم على أن الإيجاب التزام يتم بإرادة الموجب المنفردة. والقبول التزام يتم كذلك بإرادة القابل المنفردة، ولكن عند النظر يرى أنه لا يصلح كل منهما مستقلًا عن الآخر لأن يحقق الغرض الأصلي الذي قصد إليه كل من الموجب والقابل، ففي البيع مثلاً لا يصلح إيجاب البائع وحده لنقل ملكية المبيع إلى ملك المشتري؛ إذ كل مقتضاه أن البائع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري نظير عرض معين هو الثمن، ولابد لتحقيق هذا من توافر هذا العرض وانتقاله إلى ملك البائع حتى يتم له غرضه. وكذلك لابد لتحقيقه من رضا المشتري بدخول المبيع في ملكه نظير خروج العرض من ملكه، إذ لا سلطان لإرادة البائع على إدخال عين في ملك إنسان رغم إرادته ولا على أخذ عوض من ماله نظير ذلك رغم إرادته فوجب لهذا أن ينضم التزام المشتري بقبوله إلى إيجاب البائع ليتحقق رضاه بدخول المبيع في ملكه نظير خروج الثمن من ملكه ودخوله في ملك البائع وذلك يتم "بالتزامه الناشئ بإرادته المنفردة منضمًا إلى الإيجاب"، وعلى هذا يرى أنه لتحقيق غرض كل منهما لابد من اجتماع هذين الالتزامين وتوافقهما وتلاقيهما على موضوع واحد، وبذلك يتم للعقد وجوده، وعلى هذا يكون العقد مكونًا من هذين الالتزامين المتوافقين، ألا يرى أنه لو صدر التزام المشتري مخالفًا لالتزام الموجب "البائع" بأن التزم قبول المبيع بثمن أقل لم يترتب على ذلك أثر ولم يكن عقد.

ومن هذا يرى أن هذا المذهب لا يقضي على وجود العقد بل يوجد معه العقد على هذا الوضع الذي شرحناه، وإن كان مخالفًا لوضعه المعهود - وغاية ما يترتب على هذا أن الموجب وقد التزم بإرادته المنفردة لا يملك بعد ذلك أن يعدل عن هذا الالتزام ما دام مجلس العقد، وذلك خلاف الأمر المعروف الذي جرى عليه الناس ومعاملاتهم، وهو جواز عدول الموجب عن إيجابه قبل القبول ما دام أنه لم يقيده بمدة محددة - وإنما قلنا ما دام مجلس العقد لأن الموجب حين يلتزم بإيجابه لا يلتزم التزامًا دائمًا، وإنما يلتزم التزامًا مقيدًا بالمجلس، بناءً على العرف المتبع الذي يقتضي بتقييد التزامه بذلك، فإذا انتهى المجلس انتهى التزامه لانتهاء وقته.

٢- **ومذهب آخر** هو أقل تطرفًا من سابقه إذ يبقي على العقد باعتباره مصدرًا للالتزام، يقوم إلى جانبه مصدر آخر له القوة والمكانة وهو الإرادة المنفردة، ومن ثم تعتبر الإرادة المنفردة مصدرًا عامًّا عاديًّا للالتزام، وبذلك يكون كل تعبير عن الإرادة صادر من صاحبه بنية الالتزام ملزمًا له، وعليه يكون للالتزام مصدران، العقد والإرادة المنفردة.

غير أنه يلاحظ على هذا المذهب أنه لا يحدد لكل من العقد والإرادة دائرة خاصة يعمل فيها. ويترتب على ذلك المذهب أيضًا أن العقد وهو مركب من تعبيرين كل منهما يفصح عن إرادة صاحبه ينتهي إلى تحويله إلى إرادتين منفردتين متصاحبتين وبذلك ينعدم العقد.

وإذا لاحظنا ما سبق أن شرحناه آنفًا في المذهب السابق من أنه لا يترتب عليه انعدام العقد وجدنا أن المذهبين يتلاقيان في الواقع ولا فارق بينهما، فالإرادة المنفردة لها مجالها حيث يترتب عليها إلزام صاحبها لا إلزام غيره، والعقد له مجاله إذ يرى أنه مجموع إرادتين متوافقتين له مجاله في إلزام طرفيه بناءً على اجتماع إرادتيهما وعلى ذلك لا ينعدم العقد.

٣- **ومذهب ثالث** يرى أن الإرادة تعتبر مصدرًا عامًّا للالتزام في كل ما لا يمكن أن يعتبر العقد فيه مصدرًا لذلك الالتزام دون أن تكون الإرادة مصدرًا له حين

يصلح العقد لذلك، فكل له محله الخاص، وعليه فالعقد يكون مصدرًا حيث يكون الدائن معينًا فلا ينشأ الالتزام عند ذلك إلا بالعقد. وتكون الإرادة هي المصدر إذا لم يكن الدائن معينًا فلا يتصور عند ذلك عقد.

ولكن يلاحظ على هذا المذهب أن الإرادة تستطيع أن تنشئ التزامًا في بعض الأحوال التي يكون فيها الدائن معينًا كما في الوصية والوقف.

٤- **ومذهب رابع** يحل الإرادة المنفردة مكانًا ضيقًا إذ لا يعتبرها مصدرًا عامًّا عاديًّا للالتزام على مثال العقد، وإنما يعتبرها مصدرًا استثنائيًّا وذلك في الأحوال التي تقتضيها ضرورة استقرار العلاقات الاجتماعية وصلاحها، وذلك تكفل القانون ببيانه، وإذن فلا تكون مصدرًا إلا في الأحوال التي نص القانون على اعتبارها مصدرًا فيها.

وهذا هو مذهب الفقه والتشريع الحديثين وبه أخذ القانون المصري المدني - على أن من الفقهاء من يرى أن المصدر في هذه الأحوال هو القانون لا الإرادة المنفردة.

أما ما اعترض به أنصار النظرية القديمة التي تقضي بأن الإرادة المنفردة لا تصلح مصدرًا للالتزام الإرادي فيتلخص فيما يأتي:

١ - أن القول بخلاف ذلك ليس له أساس صحيح، لأنه إذا أمكن أن يتصور أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة فتشغل ذمته بدين بناء على ذلك الالتزام، فلا يمكن أن يفهم أن يصبح الدائن دائنًا لغيره بدون إرادته، بناءً على أن غيره قد التزم له بدين، وليس يدفع ذلك أن يقال إن المدين إنما يلتزم في هذه الحال بإرادته لغير دائن معين، إذ لا معنى لهذا الالتزام حينئذ، ولا قيمة له إذا لم يكن له مطالب معين، إذ إن وجوده حينئذ أمر اعتباري لا مظهر له إلا ثبوته حقًّا لمن يطالب به.

ويرد هذا بأن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام على أنه قيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية، وعلى ذلك فمن اليسير أن نتصور وجود دين ذا قيمة مالية في محلها دون أن يتعين صاحبها مادام أنه سيوجد وقت تنفذ الدين، وإن لم يوجد قبل ذلك، وعلى هذا أمكن أن يلتزم مدين بدين ثم لا يلتزم من ذلك وجود دائن في الحال بدون إرادته.

٢- أن المنطق يقضي برفض نظرية الإرادة المنفردة ذلك لأنه إذا كان للإرادة المنفردة أن تنشئ التزامًا وجب أيضًا أن يكون لها سلطان إنهائه، ذلك لأن من يستطيع الإنشاء يستطيع النقض وبهذا يصير التزام من التزم بإرادته التزامًا منحلاً له نقضه في أي وقت فلا يكون التزامًا صحيحًا؛ إذ إن الالتزام لا يقبل النقض من الملتزم.

ويرد هذا بأنه خلط بين أثر الإرادة في العالم النفسي وأثرها في الروابط الاجتماعية، ذلك أن الإرادة إذا أعلنت فعلم بها الغير واطمأن إليها ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها، وذلك ما يوجب احترامها وعدم العدول عنها إذا ما ترتب على ذلك الإخلال بهذه الثقة المشروعة. وعلى ذلك فالإرادة المنفردة إذا أنشأت التزامًا لا تستطيع أن تنهيه إذا حال دون ذلك وجوب استقرار المعاملات؛ فيستمر الالتزام قائمًا في الخارج رغم انقضائه نفسيًّا حرصًا على استقرار المعاملات، ومؤدى ذلك الحد من سلطانها في هذا المجال لمصلحة المجتمع.

٣- ليس فيما قيل من أن الأوضاع التي انتهت إليها الحياة العملية في المعاملات قد صار منها ما لا يمكن إقراره وتفسيره، إلا على أساس نظرية الإرادة المنفردة، وهذا ما يستوجب إقرارها - ليس في هذا سند سليم فإن ما استندوا إليه في ذلك أن يقوم وأن يؤسس على نظرية العقد دون الالتجاء إلى نظرية الإرادة المنفردة، فالإيجاب الملزم يمكن تأسيسه على وجود عقد أولي ينعقد بصدور الإيجاب مقترنًا بتحديد زمن يتقيد الموجب فيه ببقائه على إيجابه وبقبول من وجه إليه الإيجاب ذلك قبولاً مفترضًا تقضيه طبيعة المعاملة والإقدام عليها - أما الزمن فيحدده العرف أو عبارة الموجب إن اقترنت بذلك، وبذلك لا يستطيع الموجب أن يعدل عن إيجابه حتى لا يخل بالتزامه الناشئ عن هذا العقد.

والاشتراط لمصلحة الغير لا يحتاج في تبريره كذلك إلى الالتجاء إلى نظرية الإرادة المنفردة لأنه - كما هو بين - لا ينشأ إلا من عقد يتم بين المتعهد والمشترط لذلك، فلا ينطبق عليه نشأته بالإرادة المنفردة، وكل ما يلاحظ عليه أن فيه خروجًا على قاعدة نسبية أثر العقد التي تقضي بأن تقتصر آثارها على أطرافها. والتزام مصدر السند لحامله ليس مصدره الإرادة المنفردة بل جعله القانون التزامًا مجردًا يقوم بصرف

النظر عن سببه مرتبًا على واقعة إصداره السند فحسب بصرف النظر عن توافر شروط الإرادة، ولذا لا تؤثر فيه أسباب البطلان التي تحول دون قيام الالتزام الانفرادي.

والوعد بجائزة يمكن إقامة أكثر حالاته على توافق الإرادتين، وذلك في كل حال يكون فيها من قام بالعمل الذي رتبت عليه الجائزة قد علم بالوعد، إذ يمكن في هذه الحال أن يفترض قبوله الوعد وقيام عقد بينه وبين الواعد بناء على ذلك - أما عند عدم علمه فلا يتيسر ذلك وعند ذلك تعجز النظرية التقليدية عن إقرار هذا الالتزام. وليس من سبيل عند ذلك إلا القول بأن مصدر هذا الإلزام هو القانون.

وفي رأيي أن الالتجاء إلى القانون في مثل هذه الحال مظهر من مظاهر إخفاق المعارض لنظرية الإرادة المنفردة، ويرى مما تقدم أن ليس فيما اعترض به أرباب النظرية التقليدية ما يصلح أن يكون هادمًا لنظرية الإرادة المنفردة. ومع هذا فقد تردد رجال القانون في جميع البلاد في الأخذ بنظرية الإرادة المنفردة واعتبارها مصدرًا عامًّا للالتزامات مع ظهور قوة دعائمها وعجز معاولهم عن هدمها أمام هذه القوة، ولعل مرد ذلك إلى ما درجوا عليه هم وأسلافهم من اعتناق النظرية التقليدية وتأسيس فقههم عليها وكفايتها إلى حد بعيد حيث أمكنهم الالتجاء إلى القانون وجعله مصدرًا فيما تعجز عنه هذه النظرية. أما القول بجعل هذه النظرية مصدرًا فيما نص عليه القانون، فلا يقوم على أساس، لأنها إذا صلحت مصدرًا في بعض حالات الالتزام صلحت كذلك مصدرًا في غيرها، إذ لا فرق بين التزام والتزام حتى تكون مصدرًا في بعضه دون بعضه الآخر؛ ولذا جعلت مصدرًا عامًّا للالتزام في مشروع القانون الفرنسي الإيطالي لتقنين الالتزامات والعقود حيث نص على ذلك في المادة ٦٠ من ذلك المشروع - وعلى الجملة فقد انتهى رأي الشارع المصري إلى جعلها مصدرًا استثنائيًّا فيما نص عليه القانون فقط[1].

(١) نظرية العقد، ج١، ص١٨٣ وما بعدها؛ والوسيط، ج١، ص ١٢٨٢ وما بعدها؛ ومصادر الحق، ج١، ص ٣٨ وما بعدها للأستاذ السنهوري؛ ومصادر الالتزام، ص ٤١٧ وما بعدها للأستاذ الصدة؛ والنظرية العامة للالتزام، ج١، ص ٥٤ وما بعدها للأستاذ حجازي؛ ونظرية الالتزام، ص ٣٥٧ وما بعدها للأستاذ حشمت؛ والموجز في أصول الالتزام، ص ٥٨١ وما بعدها للأستاذ سليمان مرقس.

أركان التصرف الانفرادي - شروطه - أحواله:

إذا راعينا اصطلاح الشافعية في مسمى الركن فأركان التصرف الانفرادي ثلاثة: الملتزم، والإيجاب الصادر منه "الصيغة"، وموضوع الالتزام "محله" أي الملتزم به.

وإذا راعينا اصطلاح الحنفية فله ركن واحد هو الإيجاب الصادر من الملتزم - أما الملتزم وما التزم به فهما من شروط انعقاده التي يتوقف وجوده عليها وليست أجزاء منه حتى تعد أركانًا.

ولأن هذا الالتزام يتم من جانب واحد هو الملتزم دون أن يتوقف على قبول يصدر من غيره، ودون أن يستوجب شيئًا للملتزم في مقابلته، كان من قبيل التبرع، إذ لا يراد بالتبرع إلا هذا.

شروط الملتزم:

وبناء على ذلك يشترط في الملتزم أن يكون من أهل التبرع شرعًا فيجب أن يكون بالغًا عاقلاً مختارًا غير محجور عليه لسفه أو دين إن كان الملتزم به مالاً أو إسقاطًا لمال.

أما إذا كان غير مال كالطلاق أو النزول عن حق كالشفعة أو كان رجعة للزوجة فيصح من المحجور عليه لسفه أو دين.

وكذلك يشترط فيه أن يكون التزامه به عن رضا به وبآثاره، فلا يصح التزام الهازل إذا ما ثبت أنه هازل، وكذلك لا يصح التزام الناسي والمخطئ عند الشافعية والزيدية إذا ما تبين ذلك.

ويرى الحنفية أن حكم التزام الناسي والمخطئ هو حكم التزام المتذكر والقاصد، وذلك بناءً على أن كلا من الخطأ والنسيان أمر باطني لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة من يدعيه، وليس يلتفت إلى ادعائه، إذ قد يتخذه وسيلة إلى تضييع الحقوق، فوجب لذلك ألا يصدق، وأن يعتبر بلوغه وكمال عقله واختياره أمارة على قصده وعدم خطئه أو نسيانه، قصدًا إلى استقرار المعاملات وأن يعامل على هذا الأساس،



فيكون حكم الناسي حكم المتذكر، وحكم المخطئ حكم القاصد، ولكن إذا صدقهما في ادعائهما الملتزم له فإن الالتزام حينئذ يكون فاسدًا؛ أخذًا بإقرار صاحب الحق وهو صاحبه الذي يحق له المطالبة به وحده.

وإلى ذلك ذهب فخر الإسلام البزدوي[1]، ذلك لأن ادعاء الخطأ أو النسيان إنما رفض محافظة على حق الملتزم له، فإذا صدق هذا الادعاء كان ذلك إقرارًا منه بفساد الالتزام، وأنه لم يثبت به له حق.

وكذلك لا يصح التزام المكره، سواء أكان الإكراه ملجئًا أم غير ملجئ - والملجئ ما كان بقتل النفس أو بإتلاف عضو، أو بإتلاف جميع المال، أو بالضرب المبرح الذي يخشى منه التلف. وغير الملجئ هو ما يكون بما يشق على من أكره احتماله وذلك باختلاف حال الناس ومنازلهم.

ووجه ذلك أن الإكراه بقسميه ينعدم معه الرضا بأثر الالتزام، فلا يكون للملتزم إرادة ولا قصد. وقصده إلى التلفظ بالعبارة إنما كان لدفع الأذى عن نفسه، وإذن يكون قد تلفظ بها على اعتبار أنها دافع للأذى لا على أنها ترتب أثرًا في ذمته. وعلى ذلك لا يكون للالتزام المكره أثر لانعدام إرادته. وهذا هو مذهب كثير من الفقهاء.

ومنهم من ذهب إلى ذلك مستثنيًا الطلاق والرجعة واليمين والعتق، وذلك لأنها تنشأ من غير قصد إلى أثرها، بدليل صحتها من الهازل، بناءً على حديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة)، وفي رواية (واليمين)، وفي أخرى (والعتق)، وإذا صحت من الهازل بمجرد نطقه بالعبارة الدالة عليها، وإن لم يقصد إليها ولا إلى أثرها صحت كذلك من المكره، ولا يكون عدم قصده مفسدًا لها.

ويرى الحنفية مع هذا أن فساد الالتزام عند الإكراه عليه، فساد يرفع بزوال سببه، فإذا أجازه الملتزم بعد زوال الإكراه، صح دون حاجة إلى تجديده، خلافًا لما ذهب إليه كثير من الفقهاء كالحنابلة وجمهور الشافعية إذ ذهبوا إلى أنه باطل لا يقبل تصحيحًا.

(١) راجع كشف الأسرار للبزدوي، ج٢، ص ٥٩٢.

ووجه ما ذهب إليه الحنفية: أن المكره وإن لم يقصد بعبارته تحقيق أثرها الشرعي، إلا أنه قصد التلفظ بالعبارة فصدرت منه صحيحة؛ لأنها صادرة من أهلها في محلها، ولا ينقصها إلا الرضا بأثرها وليس ما يمنع من أن يتحقق الرضا بعد صدورها فيصححها إذا تحقق.

شروط الإيجاب:

ويشترط في الإيجاب الصادر من الملتزم بالتزامه أن يكون دالًّا عليه دلالة قاطعة غير محتملة سواء أكان عبارة أم كتابة. فإذا كان الملتزم أخرس اكتفى بإشارته (المفهمة الدالة على التزامه) إن كان لا يعرف الكتابة على الأرجح. وقيل لا يشترط ذلك، مثال ذلك أن يقول: لله علي نذر أن أتصدق بكذا، أو أسقطت حقي في الشفعة، أو أجزت هذا العقد، نحو ذلك. ومثله أن يكتب ذلك، أو أن يشير بما يدل على ذلك إن كان أخرس.

وإذاكان يجب لصحة الإيجاب بالالتزام وترتب أثره عليه أن يكون دالًّا عليه دلالة قاطعة، فإنه عندما يكون لفظًا يجب أن يكون بصوت قابل لأن يسمع، وإن لم يسمعه الملتزم لضعف في سمعه مثلاً. وإلى هذا ذهب بشر بن غياث المريسي الحنفي ومن تبعه من الفقهاء.

وذهب أبو الحسن الكرخي إلى أن التعبير اللفظي يكون قائمًا شرعًا، إذا صحح صاحبه الحروف بلسانه، وأداها على وجهها، وإن لم يسمع بأذنيه، ما دام أنه قد قام بتحريك اللسان، وإخراج الحروف من مخارجها وإن لم يصحب ذلك صوت.

وجه ما ذهب إليه الأولون أن المناط هو الإفصاح والكشف عما في النفس. ووسيلة ذلك هو الكلام الدال. وليس يوجد الكلام بإقامة الحروف إقامة مجردة لأنه اسم لحروف منظومة دالة على ما في الضمير، وذلك لا يكون إلا بما هو مسموع مفهم. ألا ترى أن ألحان الطير لا تسمى كلامًا مع أنها مسموعة، لأنها ليست مفهومة، ومجرد تحريك اللسان بدون صوت لا يسمى كلامًا، لأنه غير مسموع ولا دال ولا يحدث كلامًا ولا حروفًا، لأن الكلام لا يتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص، فإذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف ولم يوجد الكلام.

ووجه القول الثاني أن أداة الكلام هي اللسان، وهو "أي الكلام" يتم بأن تؤدي هذه الأداة عملها. أما السماع فعنصر خارجي ليس بجزء مقوم له - والقول الأول هو الصحيح لظهور وجهه، ولانعدام الدلالة والإفصاح على الرأي الآخر.

وأما إذا كان الإيجاب كتابة فإنما تعتبر إذا كانت كتابة مستبينة، وهي التي تبقى بعد الانتهاء منها، فالكتابة على الماء لا اعتداد بها. وإذا كان إشارة وجب أن تكون إشارة دالة مفهمة لا احتمال في دلالتها.

ويرى بعض الفقهاء أن يشترط للاعتداد بها، أن يكون صاحبها عاجزًا عن النطق والكتابة.

ويرى آخرون أنه لا يشترط إلا العجز عن النطق. ومن الفقهاء من لم يشترط عجزًا عن أحدهما كبعض المالكية، والأول أرجح.

شروط الملتزم به:

ويشترط في الملتزم به وهو محل الالتزام أن يكون مقدورًا عادة، بالنظر إلى ذاته لا بالنظر إلى الملتزم وقدرته. ومعنى ذلك أن يكون ممكنًا في ذاته لا مستحيلاً. فلا يصح الالتزام بما هو غير مقدور، كأن يحلف على شرب ما في هذا الكوز من الماء ولا ماء فيه، وكأن يلتزم بأن يعطي لآخر ملء بيته نقودًا ذهبيه.

فإن كان ممكنًا في ذاته غير مقدور بالنسبة إلى الملتزم نشأ الالتزام، كالتزام فقير معدم بأن يدفع لآخر ألف جنيه وإن لم يستطع أداءه.

ومن مستلزمات هذا الشرط أن يكون الملتزم به غير مجهول جهالة تمنع من تنفيذه، إذ لا يمكن تنفيذ المجهول. أما إذا كانت لا تمنع بأن كان العلم به ممكنًا ولو في المستقبل صح الالتزام كما إذا كفل لفلان ما له من دين في ذمة فلان آخر.

كذلك يشترط فيه ألا يكون محرمًا في نظر الشارع، فلا ينشأ الالتزام بمحظور أو بمحرم، كالتزام شخص بمقدار من الخمر لآخر، ومنه كما قدمنا ما إذا جعل وسيلة إلى ارتكاب محظور فإنه حينئذ يكون التزامًا محظورًا فلا يصح.

وكذلك يشترط فيه أن يكون محله قابلاً لحكمه شرعًا، فلا ينشأ التزام بإعطاء طير في الهواء، ولا التزام بوقف أرض مخصصة للمنافع العامة على فلان.

هذه هي الشروط العامة في الالتزام الانفرادي على وجه العموم - وهناك شروط خاصة بكل نوع من أنواعه سنبينها عند شرحنا لكل نوع من هذه الأنواع.

أحوال صيغة الالتزام:

أما أحوال الالتزام أو أحوال صيغته فإنها على الجملة قد تكون منجزة.

والمنجز هو ما يترتب عليه أثره إثر صدور الإيجاب به، كأن يقول إنسان: وقفت أرضي هذه على الفقراء، أو نذرت لله أن أتصدق بعشرة جنيهات على هذا الفقير، إذ يلزمه ما التزم به من وقف أو تصدق، بمجرد انتهاء عبارة الإيجاب، فتصير الأرض وقفًا، ويجب عليه في ذمته أن يتصدق بعشرة جنيهات على هذا الفقير.

وقد تكون مضافة إلى زمن مستقبل، والمضاف ما أضيف أثره وأرجئ إلى زمن يأتي: كأن يقول إنسان لآخر: كفلت لك دينك الذي في ذمة فلان ابتداء من الشهر الآتي، أو وقفت هذه الأرض على الفقراء بعد وفاتي فإن عبارته هذه في هذه الحال تنعقد سببًا للالتزام في الحال عند الحنفية، ولكن أثرها يرجأ إلى الزمن الذي أضيف إليه وهو المبين في الإيجاب، فلا يصير كفيلاً بالدين إلا من أول يوم يبتدئ به الشهر الآتي، ولا تصير الأرض وقفًا إلا بعد وفاة الواقف.

وقد تكون معلقة على شرط. أي رتب وجودها على الشرط - فإذا وجد الشرط وجد الالتزام وتحقق سببه، وإذا لم يوجد لم يتحقق السبب؛ ولذا يشترط أن يكون الشرط الذي رتب عليه الالتزام شرطًا معدومًا جائزًا وجوده وليس إرادة للملتزم، كما يشترط فيه ألا يكون أمرًا محظورًا جعل الالتزام سبيلاً إلى ارتكابه، فإذا كان مستحيلاً لم يتحقق الالتزام أصلاً، وكان الإيجاب مجرد عبارة تدل على عدم الرغبة في الالتزام. وإن كان موجودًا وقت صدور الإيجاب كان الالتزام منجزًا في الحقيقة، وكان تعليق الإيجاب تعليقًا صوريًا لا أثر له. وإذا كان إرادة مشيئة للملتزم لم يتحقق



التزام، كأن يقول شخص: أنا كفيل بهذا المال إن شئت ذلك أو رغبت فيه، إذ لم تتحقق بذلك إرادة الالتزام.

وبناء على ذلك إذا قال شخص: إن ربحت في تجارتي هذه ألف جنيه فأنا كفيل لك بدينك الذي لك قبل فلان. أو إن نجحت في الامتحان فأنا ملتزم لك بجائزة مقدارها عشرون جنيهًا، فلا تتحقق الكفالة إلا إذا ربح ذلك المبلغ من تجارته، ولا تلزمه الجائزة إلا إذا نجح من وجه إليه الإيجاب في الامتحان.

أما إذا كان ناجحًا عند صدور الإيجاب أو كان قد ربح الألف جنيه فإن الإيجاب يكون منجزًا في هذه الحال.

وإذا قال: كفلت لك دينك قبل فلان إن رغبت في هذه الكفالة، لم يتحقق بذلك التزام، لانعدام إرادة الكفالة. فإذا أرادها انعقدت كفالة جديدة بإرادتها.

وإذا قال أوصيت لك بكذا إن قتلت فلانًا أو ضربته لم تصح الوصية، لأنها اتخذت وسيلة إلى تحقيق محرم.

وهذا بخلاف ما إذا قال لشخص أوصيت لك بكذا إن تلفت زراعة فلان إذ لم تتخذ الوصية وسيلة إلى تحقيق الإتلاف.

ويرى الحنفية أن الإيجاب في هذه الحالة لا ينعقد سببًا إلا عند تحقق الشرط، ولذا لا يستند أثره إلى وقت صدور الإيجاب به.

وهذا هو الفرق بينه وبين الإضافة وقد رتبوا على ذلك أن الوفاء بالالتزام قبل مجيء الوقت المضاف إليه مبرئ للذمة، لأنه وفاء بعد تحقق سبب الالتزام، فإذا وفى بنذره المضاف إلى الزمن المستقبل قبل مجيء هذا الزمن، برئت ذمته، بخلاف الوفاء قبل تحقق الشرط المعلق عليه الالتزام، فلا تترتب عليه براءة الذمة لأنه وفاء قبل وجود الالتزام ووجود سببه، وليس يتصور سقوط قبل الوجود، فلا براءة من دين لم يوجد ولم يوجد سببه.

أما في حال الإضافة فقد أقاموا وجود سبب الالتزام مقام وجود المسبب نفسه.

وخالف في ذلك الشافعية فلم يفرقوا بين الإضافة والتعليق، إلا من ناحية أن الإضافة تكون إلى زمن محقق الوجود، والتعليق يكون إضافة إلى زمن قد يتحقق وجوده بوجود الشرط الذي جعل علامة عليه، وقد لا يتحقق. وعلى ذلك ينعقد سببًا في الحالين عند وجود الوقت في التعليق والإضافة. وبناء على ذلك يكون الوفاء بالالتزام بعد تحقق سببه مبرئًا للذمة في الحالين لحصوله بعد وجود الالتزام فعلاً وإن تأخر الأداء بسبب الإضافة أو التعليق.

ومما يلاحظ أن الفقه الغربي يذهب في التعليق على شرط واقف إلى أن الأثر إذا ما حدث يتحقق الشرط مستندًا إلى وقت صدور الإيجاب إلا إذا كانت إرادة الملتزم بخلاف ذلك.

وفي الواقع أن ما ذهب إليه الحنفية من التفرقة بين المعلق والمضاف من حيث عدم تحقق السبب في التعليق إلا عند وجود الشرط، وتحققه في الإضافة من وقت الإيجاب، فرق اعتباري غير بين في الحقيقة، وخاصة إذا كان التعليق على حلول وقت معين، كما إذا التزم معلقًا التزامه على حلول وقت، إذ لا فرق بين أن يقول مثلاً: وقفت أرضي غدًا وبين أن يقول: إن جاء الغد فقد وقفت أرضي حتى تنعقد الصيغة الأولى سببًا في الحال ويصح بها الوقف - كما قالوا - لأنها مضافة، ولا تنعقد الصيغة الثانية سببًا في الحال، ولا يصح بها الوقف، لأنها معلقة، وهو لا يقبل التعليق.

ولهذا ذهب ابن تيمية إلى أن التعليق بحلول وقت معين إضافة في المعنى، ولا فارق بينه وبين الإضافة إلا من حيث اللفظ[1].

وإلى هذا يميل رأي الحنفية[2].

والتعليق ينافي التنجيز ولا ينافي الإضافة. فالالتزام لا يمكن أن يكون في وقت واحد منجزًا ومعلقًا، ولكن يمكن أن يكون مضافًا ومعلقًا، ذلك لأن تنجيز الالتزام هو إنشاؤه على وجه تترتب عليه آثاره في الحال.

---

(١) راجع فتاوى ابن تيمية، ج٣، ص ٣٥٣.

(٢) راجع حاشية الشلبي على الزيلعي، ج٤، ص ١٣١.

أما تعليقه فهو ترتيب وجوده على وجود أمرآخر غير موجود. فعبارة الالتزام تصير التزامًا بمجرد الانتهاء منها، وتترتب عليه آثاره الشرعية عند تنجيزها.

أما عند التعليق فلا تصير التزامًا تترتب عليه آثاره بمجرد الانتهاء منها بل يتأجل ذلك، ثم لا يكون إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه فعلاً، فبوجوده تصبح التزامًا تترتب عليه آثاره في ذلك الوقت.

وأما الإضافة فمعناها إرجاء آثار الالتزام إلى وقت مستقبل، وذلك بإضافة الإيجاب إليه. وهذا المعنى لا يتعارض مع تعليق وجوده وترتبه على وجود أمر آخر بمعنى أنه إذا وجد ذلك الأمر المعلق عليه وجد الالتزام مضافًا إلى زمن المستقبل - وإن لم يوجد ذلك الأمر المدلول عليه لم يوجد الالتزام أصلاً. مثال ذلك أن يقول شخص لآخر: إن بلغ ما أملكه في هذا الشهر عشرة آلاف جنيه فقد كفلت لك دينك قبل فلان ابتداء من الشهر التالي. ومعنى هذا أنه إذا تحقق أن بلغت ثروة الكفيل عشرة آلاف جنيه فقد وجد الالتزام بالكفالة، ولكن أثره مرجأ إلى أول الشهر التالي فالالتزام معلق ومضاف في آن واحد.

وعلى هذا المنوال يفرق بين معنى الإضافة والتنجيز، ويتبين أن كلا منهما ينافي الآخر ولا يجتمعان في التزام واحد.

ومن أحوال الالتزام كذلك أن يكون مؤقتًا بوقت ينتهي بانتهائه ذلك الالتزام كأن يقول شخص لآخر: إني كفيل لك بدينك قبل فلان مدة هذا الشهر، فيكون كفيلاً ما دام الشهر، فإذا انتهى انتهت كفالته. وقد يكون الالتزام في جميع هذه الأحوال الأربعة مجردًا من شرط آخر، وقد يكون مقترنًا بشرط آخر، إذ لا معنى للاشتراط إلا زيادة التزام آخر في العقد باشتراط أمر زائد عليه. وذلك ما يتصور تحققه في كل حالة من هذه الأحوال الأربعة.

وسنبين عند الكلام على كل نوع من أنواع الالتزام ما يقبل هذه الأحوال فيكون صحيحًا عندها وما لا يقبل إلا بعضها ويفسد مع بعضها الآخر - كما نبين

أحوال الالتزام فيما يلي في الفقه الغربي بيانًا إجماليًّا تتحقق به المقارنة بين الفقهين في هذا الاصطلاح.

الالتزام في الفقه الغربي:

يرى الفقه الغربي أن الالتزام يكون معلقًا على شرط، إذا كان وجوده أو زواله مترتبًا على أمر آخر مستقبل غير محقق الوقوع، ولم يكن إرادة للملتزم، فإذا كان وجود الالتزام متوقفًا على الشرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا لم يتحقق لم يوجد، فإن الشرط في هذه الحال يسمى شرطًا واقفًا. وإذن فالشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام فإن لم يتحقق لم يوجد الالتزام - وليس يوجد الالتزام إذا علق على شرط مستحيل، أو على شرط مخالف للآداب أو للنظام العام وإن تحقق.

وأما إذا كان الالتزام قائمًا موجودًا، وعلق زواله على وجود شرط، فإن هذا الشرط يسمى شرطًا فاسخًا. وعليه فالشرط الفاسخ هو الشرط الذي علق على وجوده انتهاء التزام قائم، فإذا وجد انقضى وانتهى الالتزام، وإذا لم يوجد استمر ذلك الالتزام، وذلك مثل أن يكفل إنسان دين شخص قبل ثالث بشرط ألا يعسر هذا الشخص فإذا أعسر انقضت كفالته، وكشخص يلتزم بالنزول عن بعض دينه إذا ما قام المدين بدفع باقيه في ظرف ستة أشهر، فإذا لم يدفع بطل ذلك الالتزام.

ويلاحظ أن التعليق على شرط فاسخ يتضمن أيضًا وجود تعليق على شرط واقف، فمن أقدم على هبة مشترطًا أن تفسخ إذا ما رزق بولد، كان ملتزمًا بها تحت شرط فاسخ، وترتب على ذلك أن يصير الموهوب له ملتزمًا برد الهبة التزامًا معلقًا على شرط واقف. فإذا رزق الواهب بولد التزم بذلك الرد. فالرزق بالولد يعد شرطًا فاسخًا بالنسبة لالتزام الواهب بالهبة، وشرطًا واقفًا بالنسبة لالتزام الموهوب له بالرد.

هذا وإذا كان الشرط الواقف شرطًا مخالفًا للنظام العام وللآداب، لم يتحقق بوجوده التزام، لأن تعليق الالتزام في هذه الحال يجعله التزامًا باطلاً، أما إذا كان شرطًا

فاسخًا فإنه يكون شرطًا لاغيًا لا يترتب عليه زوال الالتزام القائم، لأنه التزام موجود فلا يبطل بحدوث أمر مخالف للنظام العام أو للآداب، لأن وجوده محظور لاعتباره له.

ويلاحظ أن التعليق على شرط واقف يتناول تعليق الالتزام على ما اصطلح عليه فقهاء الشريعة، فإن الالتزام في هذه الحال متوقف وجوده على تحقق الشرط، والتعليق على شرط فاسخ يتناول توقيت الالتزام عند الفقهاء الشرعيين. ذلك لأن الالتزام ينقضي بانقضاء وقته، أما الإضافة بالاصطلاح الشرعي فإنها تعد في الاصطلاح الوضعي من قبيل التأجيل بأجل واقف - وهو الأجل الذي يتحقق الالتزام عند وجوده. كما يلاحظ أن مصدر التزام الملتزم بالشرط هو إرادته المنفردة كما هو واضح.

هذه هي أحوال الالتزام في الفقه الإسلامي والفقه الغربي.

أركان الالتزام

أما أركانه في الفقه الغربي فهي ثلاثة: الرضا، والمحل، والسبب، ودونك بيانها في إجمال:

الركن الأول: الرضا:

يتحقق الرضا بتوجيه الإرادة إلى الملتزم به وتعلقها به، وذلك أمر نفسي باطني يكشف عنه الملتزم بما يدل عليه من وسائل الإفصاح والدلالة المعتادة المعروفة كالعبارة والكتابة.

ويشترط فيه أن يكون صحيحًا، وذلك بأن يصدر من ذي أهلية للالتزام، غير مشوب بعيب من عيوب الرضا، وهي الغلط والإكراه والتدليس.

والتحقيق أن الغلط يتناول التدليس.

فإذا صدر الالتزام من غير ذي أهلية كان الالتزام باطلاً كأن يصدر من مجنون، أو من صبي، أو من محجور عليه للسفه.

وكذلك إذا شاب الرضا غلط في الملتزم له بأن أوصى شخص لفلان بقدر من المال معتقدًا أنه هو الذي أنقذ حياته في حادث معين، ثم ظهر بعدوفاته أنه لم

يكن ذلك الشخص المنقذ، وأن المنقذ خلافه، ففي هذه الحال إذا ما ظهر أن ذلك هو الدافع إلى الوصية فإنه يحق للورثة طلب إبطالها قانونًا.

وكذلك يبطل الالتزام إذا أكره عليه الملتزم.

والإكراه يفسد الرضا ولا يعدمه، إذ إن للمكره إرادة يتخير بها أهون الشرين عنده.

ومن هذا يتبين أن لا خلاف بين الفقهين في لزوم الرضا وما اشترط لتحققه، غير أن الفقه الإسلامي يجعله شرطًا، والفقه الغربي يجعله ركنًا، وهذا مجرد اصطلاح.

ويلاحظ أن اشتراط انعدام الغلط يختلف في أمره الفقهان.

فالفقه الإسلامي يذهب إلى أن الغلط إذا كان قائمًا على فكرة مستقرة في نفس الملتزم لا تطابق الواقع، وليس في عبارته ما يدل على وجودها في نفسه، ولا على أن العاقد قد بنى عليها التزامه، لا يكون له في هذه الحال أثر في الالتزام، لأن العبرة في هذا الفقه بالألفاظ لا بالنوايا. أما إذا تضمنت عبارة الملتزم ألفاظًا لا يتفق الواقع مع ما تدل عليه مما قصد إليه الملتزم، وقد التزم بناء على ذلك القصد، ثم ظهر غير ذلك، فله في هذه الحال "أي حال الغلط" أثره في الالتزام على حسب ما تفيده العبارة الصادرة من اشتراط وصف في الملتزم له أو الملتزم به ولا ينظر إلى قصده.

وعلى ذلك يرى أن الفقه الإسلامي لا يجعل للخطأ الباطني اعتبارًا مهما كانت حاله وكيفما كانت طريقة إثباته، بينا يرى أن الفقه الغربي يعتد بالخطأ متى أمكن إقامة الدليل على وجوده ولو بالالتجاء إلى القرائن.

ومما يلاحظ أن الحنفية لا يرتبون على غلط يتعلق بالأوصاف بالنسبة إلى الملتزم به بطلانًا، وإنما يجعلون الالتزام قابلاً للفسخ ممن وقع الخطأ في جانبه، بناء على طلبه. أما إذا ترتب عليه عدم وجود الملتزم به فإنه يكون مبطلاً للالتزام.

وجملة القول أنه إذا ترتب على الغلط عدم توافر عنصر من عناصر الالتزام الجوهرية التي يتوقف عليها وجوده كعدم محله أو عدم تحقق معناه كان الالتزام

باطلاً، فمن كفل ما يشغل ذمة فلان من دين مشترطًا أن يدفعه لدائنه فلان على ظن أنه هو الدائن فظهر أن الدائن غيره لم تصح الكفالة، ومن أوصى لفلان بهذا السوار من الفضة مشيرًا إلى سوار من الذهب كانت الوصية باطلة لانعدام محلها. وذلك بخلاف الغلط في وصف من أوصاف محل الالتزام فإنه لا يبطله، كما إذا كفل فلانًا على أنه قريبه فظهر أنه لا قرابة بينهما.

ومما يلاحظ أيضًا في هذا الموضوع أن الفقه الغربي حين عرض لنظرية الالتزام بناها على الإرادة والقصد، ورتب وجوده على وجود الإرادة ولم يتكلم على الرضا والاختيار إلا باعتبارهما حالان تعرضان للملتزم فتؤثران في الإرادة أو لا تؤثران.

أما الفقه الإسلامي فلم يتعرض للإرادة إلا لمامًا من غير تفصيل واستقصاء، بل بشكل ثانوي؛ ذلك لأن عنايته بالعبارة لا بالنية في الإرادة إذ هما أمران باطنيان، وكانت عنايته بتأسيس الالتزام على الرضا والاختيار - وليس اختلاف الفقهين في هذا البيان والشرح إلا اختلافًا في طرقهما وكيفية العرض، لا اختلافًا جوهريًا بين الفقهين بدليل اتحاد النتائج المترتبة على الشرحين.

وليس يفوتنا في هذا المقام أن نشير إلى ما يدل عليه كل من الرضا والاختيار عند فقهاء الشريعة، فإن الحنفية يرون أنهما يختلفان في المعنى. فالاختيار عندهم هو القصد إلى الشيء سواء اتجهت الرغبة إلى تحقق آثاره أم لم تتجه، وعلى ذلك كان المكره عندهم مختارًا. والرضا بالشيء هو القصد إليه مع اتجاه الرغبة إلى تحقق آثاره، ولذا لا يعد المكره راضيًا. أما عند غيرهم فهما بمعنى واحد لا اختلاف بينهما فكلاهما يدل على القصد إلى الشيء مع اتجاه الرغبة إلى تحقق آثاره. وعلى هذا الفقه الغربي.

الركن الثاني: محل الالتزام أو موضوعه:

الركن الثاني من أركان الالتزام في الفقه الغربي هو محله. وهو الشيء الذي يلتزم الملتزم بأن يقوم به. فهو إذن موضوع الالتزام. وقد يكون عملاً، أو امتناعًا عن عمل. ويشترط فيه ما يأتي:

١ - **أن يكون ممكنًا**. وإذا كان محل الالتزام نقل حق عيني وجب أن يكون الشيء الذي تعلق به موجودًا أو ممكن الوجود، وذلك هو معنى إمكانه في هذه الحال. وعلى ذلك كان الالتزام بما هو مستحيل باطلاً لا ينشأ - والمراد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة الموجودة قبل نشأة الالتزام ووجوده، وهي التي ترجع إلى استحالة الشيء بالنظر إلى ذاته وموضوعه لا بالنظر إلى الملتزم - أما الاستحالة بالنظر إلى قدرة الملتزم فلا تمنع نشأة الالتزام، كالتزام رجل فقير بمبلغ من المال عظيم لا يتصور منه ولا من أمثاله القيام بأدائه إذ الشرط في الملتزم به أن يكون ممكنًا في ذاته بحيث يكون محتمل الوجود - وبناء على ما ذكر لا تبطل الاستحالة المطلقة الالتزام إذا وجدت بعد نشأته ووجوده وكل ما في الأمر أنها تنهيه، فينقضي بحدوثها، ويجب على الملتزم عند ذلك التعويض على حسب ما بين في الفقه الوضعي. ومثال الاستحالة المطلقة أن يلتزم إنسان بعمل شيء قد تم قبل أن يلتزم بذلك، أو أن يلتزم بنقل حق عيني في شيء غير ممكن الوجود، كإيصاء شخص لآخر بما ورثه عن أخيه ولم يكن له أخ. وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهين إذ إن الفقه الإسلامي يشترط في الملتزم به أن يكون مقدورًا وذلك هو معنى إمكانه.

والمراد بالاستحالة ما يتناول الاستحالة العادية وهي الاستحالة بالنسبة إلى جميع الناس في وقت الالتزام نظرًا إلى مقدرتهم، وإن كان موضوع الالتزام ممكنًا في ذاته وغير مستحيل عقلاً. فالالتزام بحمل شيء إلى القمر ممكن في ذاته ولكن مستحيل عادة على جميع الناس وعلى ذلك يكون باطلاً.

٢ - **أن يكون محل الالتزام معينًا غير مجهول**. ذلك لأن المجهول لا يقبل التنفيذ فكان لذلك مستحيلاً بالنظر إلى تنفيذه. ويكفي في هذا الشرط أن يكون المحل قابلاً للتعيين، وذلك كأن يذكر ويعرف بجنسه وأوصافه، أو أن يحال تعيينه إلى العرف المألوف.

والفقهان لا يكادان يختلفان في هذا الشرط. فقد ذكرنا أن الفقه الإسلامي يشترط في الملتزم به أن يكون معلومًا علمًا يمكن من القيام بتنفيذه، وذلك ما يقارب في المعنى اشتراط تعيينه في الفقه الغربي على الوضع المبين.

٣- **أن يكون قابلاً للتعامل.** فإذا كان غير قابل لأن يتعامل به، سواء أكان ذلك راجعًا إلى طبيعته، كالتزام بإنارة مكان ليلاً بضوء الشمس، أو إلى الغرض الذي خصص له، كالأموال العامة المعدة للمنافع العامة، أو إلى عدم مشروعيته لمخالفته لنص في القانون، أو للنظام العام، أو للآداب، فلا ينشأ الالتزام في هذه الحال. وهذا الشرط يتفق مع ما اشترطه الفقه الإسلامي في الملتزم به وهو ألا يكون محرمًا في نظر الشارع، وأن يكون قابلاً لحكم الالتزام شرعًا على ما قدمنا.

٤- **أن يكون فيه مصلحة للملتزم له**، فإذا لم يكن في الملتزم به مصلحة لأحد انتفى إلزام الملتزم بما يلتزم به، إذ لا يكون هناك حينئذ من يطالب به أو يرفع الدعوى بطلب تنفيذه، فلا يكون إجبار للملتزم وعندئذ لا يتحقق الالتزام.

واشتراط هذا الشرط يقره الفقه الإسلامي وبخاصة إذا كان التزامًا ماليًا. ويدل عليه تعريف بعضهم بالالتزام الانفرادي - "ومظهره في الغالب التبرع - بأنه إلزام الإنسان نفسه شيئًا من المعروف وإيجابه على نفسه من تلقاء نفسه، إما بنية القربة لله تعالى، وإما لإيصال نفع إلى شخص أو لجماعة من الناس أو للمجتمع[1] - وقد لا يظهر ذلك في بعض أحوال الالتزام كالتزام الطلاق إذا كان على كره من الزوجة وبعض أحوال اليمين، كما إذا أقسم إنسان ألا يلبس هذا اللباس أو ألا يأكل هذا الطعام، ولكن إذا روعي أن هذا الالتزام تغلب فيه الناحية الدينية وأن الوفاء به واجب بأمر الشارع ظهر أن الحق فيه لله، وأن المصلحة فيه للمجتمع، وإن كان البادي أن ليس لغير الملتزم مصلحة في الالتزام. وللناحية الدينية فيه يؤخذ الملتزم بالتزامه فيلزمه ما استوجبه على أن يكون ذلك حقًّا لله تعالى، وأن التزامه بذلك في هذه الأحوال يستند إلى مصلحة اجتماعية، وبذلك تتحقق فيه المصلحة لغيره، وإن لم يكن في بعض الأحوال صالحًا لأن يكون محل خصومة أمام القضاء.

الركن الثالث: السبب:

جاء في المادة ١٣٦ مدني: إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.

(١) لأستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم في إنشاء التبرعات.

وجاء في المادة ١٣٧ مدني: كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببًا مشروعًا ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

والنص الفرنسي للقانون المدني القديم يفيد أن الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب حقيقي مشروع.

ومن البين أن هذه النصوص تتناول العقد وتتناول كذلك الالتزام الانفرادي الذي هو موضوع دراستنا. ولكنا سنقصر بحثنا في هذا الموضوع على ما يتعلق منه بالتصرف الانفرادي حتى نكون عند مهمتنا ولا يطول بنا الموضوع.

واسم السبب يستعمل في الفقه اللاتيني في ثلاثة معان:

١- **السبب المنشئ**: ويراد به مصدر الالتزام أي الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام كالعقد والإيجاب المنفرد المستقل - في الإرادة المنفردة - وهذا المعنى هو المقصود من السبب في عبارة "الإثراء بلا سبب"، وهو ما يطلق عليه اسم السبب في الفقه الإسلامي.

٢- **السبب القصدي أو الفني**: ويراد به الغرض المباشر الذي يبغي العاقد أن يحصل عليه من عقده فهو في عقد البيع مثلاً بالنسبة إلى التزام البائع حصوله على الثمن من المشتري، وبالنسبة إلى التزام المشتري حصوله على ملكية المبيع؛ وفي عقود التبرع نية الملتزم ورغبته في تحقيق تبرعه، وهو واحد في جميع صور البيع لا يختلف، ويتضمنه العقد، ومن ثم لا يبحث عنه خارجه، كما هو واحد في جميع عقود التبرع.

٣- **السبب الدافع و المصلحي**: ويراد به الباعث الذي دفع الملتزم إلى التزامه؛ ففي عقد البيع بالنسبة إلى البائع رغبته في أن يقوم بوفاء ما عليه من الدين من الثمن أو في أن يشتري به عينًا أخرى أو في أن يتجر به أو في إنفاقه في شأن من شئونه. وبالنسبة إلى المشتري رغبته في الحصول على سكن أو على مستغل أو على متجر أو على سيارة للركوب أو للنقل أو نحو ذلك. وفي عقود التبرع رغبة المتبرع في إسداء يد إلى المتبرع له أو في مكافأته على ما قدمه إليه من خدمة أو معروف أو في إعانته على دفع حاجة



من حوائجه. أو رغبته في إقامة مبرة أو المساهمة في مشروع خيري أو نحو ذلك. فهو يختلف باختلاف الملتزمين ولا يبحث عنه في ثنايا العبارة الدالة على الالتزام، وإنما يبحث عنه بين النوايا الباطنية والدوافع النفسية بواسطة القرائن والملابسات.

وقد يسمى السبب بالمعنى الثاني باسم السبب الفني إذ إن وجوده يعد ضرورة منطقية فنية لتحقيق الالتزام إذ لا يلتزم شخص بدون سبب، كما يسمى السبب بالمعنى الثالث باسم السبب المصلحي لأن النظر فيه تقتضيه ضرورة حماية المصلحة الاجتماعية.

هذا، ولم تظهر نظرية السبب بارزة واضحة متبلورة إلا على يد الكنسيين في القرون الوسطى الذين استخلصوا قاعدة الرضا وأسسوا الالتزام عليها فرأوا ألا يكون تعاقد بدون إرادة، وأن الإرادة لا تتحرك ولا تتجه أي اتجاه إلا لتحقيق غرض يبغيه صاحبها وذلك ما يبعثه على الالتزام ليجني منهم ما يطلب، وهذا هو السبب الدافع وبذلك صار ذلك السبب عنصرًا ذاتيًا للالتزام يبحث عنه في طوايا النفس وبين شتى رغائبها. وقد بنوا نظريتهم هذه على أن الوفاء بالوعد واجب وأن إخلافه خطيئة وجرم، ومن ثم كان الملتزم مأخوذًا بعهده ملزمًا به، وكان من الواجب أن يكون غرض الملتزم من التزامه مشروعًا غير مخالف للآداب، إذ إن السعي إلى غير ذلك يعد أيضًا خطيئة فلا يجوز أن يطلب فضلاً عن أن يكون محلًا للالتزام.

وقد أخذت هذه النظرية تتقدم وتتوثق على أيدي الباحثين فيها بخطى واسعة إلى أن جاء الفقيه دوما واتجه في نظرية السبب اتجاهًا كان هو الأساس لما أطلق عليه اسم النظرية التقليدية التي تقضي بأنه لا تأثير للباعث الدافع على الالتزام في وجود العقد ولا في قيام الالتزام: فالعقد إذا كان له سبب قصدي مباشر كان صحيحًا والالتزام قائمًا سواء أكان الباعث عليه شريفًا أم غير شريف، متفقًا مع النظام العام أم مخالفًا له، لأنه لا يمكن ضبطه على وجه التحديد، إذ البواعث متعددة مختلفة لدى كل ملتزم "فأي باعث نقف عنده فيتعين دافعًا أمام هذه البواعث المتعددة التي قد تتجمع، وكيف يتأتى الجزم بانفرد أحدها وإرادة الإنسان مطلقة غير مقيدة؟".

وبناءً على ذلك يكون السبب الذي يجب أن يعد ركنًا للالتزام هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم أن يصل إليه من التزامه مباشرة، وهو متميز عن الباعث الدافع بأنه عنصر داخلي في الالتزام موضوعي وأنه أول نتيجة يصل إليها الملتزم من التزامه. وعلى ذلك يكون في عقود التبرع هو إسداء يد للملتزم له، بينما يكون في التعاقد الملزم للجانبين هو التزام كل منهما بالنظر إلى الآخر ويشترط لصحة هذا السبب أن يكون موجودًا وأن يكون مشروعًا.

وقد نحيت هذه النظرية على وضعها هذا بسبب ما وجه إليها من نقد وحلت محلها النظرية الحديثة التي ذهبت إلى وجوب الاعتداد بالسبب بمعنى الباعث على الالتزام مع مراعاة السبب القصدي، وكان ذلك اتجاهًا اتجه إليه الفقه والقضاء نتيجة لمواجهة الحياة العملية، وما رأوه في النظرية التقليدية من قصور أمام بعض العقود الواجبة البطلان، مثل عقد الهبة الذي يكون الباعث فيه على الالتزام غير مشروع كأن يكون إيجاد علاقة غير شريفة. إذ إن نية المتبرع وهو السبب القصدي في هذا العقد "يعد أمرًا مشروعًا ولكن الباعث عليه هو الذي يعد غير مشروع وهو القصد إلى إيجاد علاقة جنسية غير شرعية، فإن هذا العقد بناء على النظرية التقليدية يكون صحيحًا لوجود سببه مستوفيًا شرائطه - وكذلك أيضًا عقد الإجارة الذي يراد به إعداد مكان للبناء فإن الالتزامين المتقابلين فيه وهما التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة والتزام المستأجر بدفع الأجرة كلاهما التزام موجود مشروع فيكون العقد صحيحًا بناءً على النظرية التقليدية، في حين أنه يجب أن يكون باطلاً، كما يجب ذلك في العقد السابق، ولا يكون كلاهما باطلاً إلا بناءً على النظرية الحديثة التي توجب لصحة الالتزام أن يكون الدافع إليه مشروعًا.

وقد سلك القضاء المصري هذا المسلك أيضًا فبعد أن كان يقتصر على الاعتداد بسبب الالتزام الفني ولا يأبه بالباعث الذي دفع إليه أصبح ينظر إليهما جميعًا فيبطل العقد على أساس هذا الدافع وذلك بحسب ظروف كل حالة.

وليس يفوتنا أن نذكر أن من علماء الفقه الغربي من ذهب إلى إنكار نظرية السبب وأنه لا داعية إليها للاستغناء عنها بركنية المحل وشروطه إذا ما فهم على معنى واسع.

هذه كلمة إجمالية عن السبب واعتباره ركنًا للالتزام في الفقه الغربي. وقد يتبين منها أن المراد بكلمة السبب في نصوص القانون المدني المصري السابقة الذكر ما يعم السبب القصدي والباعث على الوضع الذي بيناه أخيرًا بدليل عمل القضاء وإن كانت المذكرة الإيضاحية له ترى أن المراد به الباعث عليه، وهو كذلك رأي السنهوري شارح القانون[1].

السبب في الفقه الإسلامي:

أرى من المستحسن وقد انتهى البحث في نظرية السبب أخيرًا إلى الاعتداد بكل من السببين: السبب القصدي وهو الغرض المباشر الذي يبغيه الملتزم والذي يسمى أيضًا بالسبب الفني - والسبب المصلحي وهو الباعث الذي دفع إلى الالتزام كل في مجاله - إذا كان الأمر كذلك فمن المستحسن أن نبحث السبب في الفقه الإسلامي في هذين المعنيين.

السبب القصدي أو الفني:

يعتد الفقه الإسلامي بالإرادة الظاهرة التي تدل عليها عبارة الالتزام الصادرة من الملتزم، ولها في هذا الفقه الأهمية القصوى في إنشاء العقد وفي ترتب آثاره الشرعية عليه، ولا يحفل كثيرًا بالإرادة الباطنة ما دامت مستترة في النفس ولم يفصح عنها الملتزم بوسيلة من وسائل الإفصاح، ذلك لأنها أمر باطني لا سبيل إلى معرفته إلا من جهة صاحبها بما يصدر منه كاشفًا عنها.

لهذا لم يكن من المستطاع الاعتماد عليها في إنشاء الالتزام والحكم بآثاره، ووجب لذلك أن يكون المرجع في ذلك والمناط ما تنكشف به هذه الإرادة بما يصدره

---

(١) راجع الوسيط ونظرية العقد للأستاذ السنهوري. والنظرية العامة للالتزام للأستاذ حجازي، وأصول الالتزام لبهجت بدوي، ومصادر الالتزام للأستاذ فرج الصدى، ورسالة التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار، ومصادر الحق، ج١، وج٤.

صاحبها عند التزامه مفصحًا عنها، كما وجب أن يعتبر هذا في العقد دليلاً على الإرادة في انحرافه انحرافها، وفي استقامته وصلاحيته صلاحها واستقامتها، وهذا أصل كلي شرعي.

ولما كان السبب القصدي أمرًا موضوعيًّا ليس خارجًا عن العقد بل تدل عليه عبارته المنشئة له، وكان موضوع العقد ومحله في نظر هذا الفقه هو ما دلت عليه عبارته؛ فقد استغنى الفقه الإسلامي ببيانه لمعنى العقد وأركانه ومحله مدلولاً على ذلك بعبارته المنشئة له عن ذكر ذلك السبب القصدي والاحتفال له تحت هذا الاسم - ذلك لأنه عندما عرض لبيان ماهية العقود التي تتم بين طرفين أوجب أن تكون هذه العقود مكونة من عبارتين دالتين على التزامين متوافقين مرتبط أحدهما بالآخر ارتباطًا يجعل وجود أحدهما معلقًا على وجود الآخر، فإذا لم يتحقق هذا الارتباط لم ينشأ العقد.

وما من شك في أننا نجد بناءً على هذا البيان أن كلًّا من الالتزامين يعد سببًا للآخر، وأن التزام أحد العاقدين مقصود للآخر منهما ومطلوب له، وقد علق أسبقهما كلامًا التزامه على التزام الآخر، واتخذ التزامه وسيلة إلى التزامه، وهكذا نجد التزام كل منهما مقصودًا للآخر وهو الغرض الأولي المباشر من التزامه، فكان التزام كل سببًا لالتزام صاحبه، وهذا هو السبب الفني في اصطلاح القانون.

وبناءً على ذلك يرى أن الفقه الإسلامي ولو أنه لم يحفل بإبراز هذا الموضوع تحت اسم خاص هو السبب القصدي أو الفني فإنه لم يهمله بتاتًا بل شرحه ودل عليه في ثوب آخر. وكذلك الحال في عقود التبرع أو الالتزام الانفرادي الذي هو موضوع بحثنا، يرى أن الفقه الإسلامي عني عناية تامة بما تدل عليه عبارة هذا الالتزام في وضعها وظروفها من نية التبرع، وذكر أن التبرع والالتزام لا ينشآن إلا إذا دلت العبارة على هذه النية. وعلى أن التبرع أمر مقصود للملتزم يريد تحقيقه ابتداء بهذه العبارة دون غيره من الأسباب - وليس السبب القصدي للمتبرع في الفقه اللاتيني إلا هذا لأنه السبب المقصود تحقيقه ابتداء من المتبرع - وعلى ذلك يكون موضوع

التبرع الذي عني به الفقه الإسلامي وهو التبرع بالعين المسماة فيه مغنيًا عن ذكر ذلك السبب لاشتماله عليه، ولم يكن من حاجة إلى جعله ركنا مستقلًّا في الالتزام بعد أن ظهر أنه من مشتملات العبارة ومدلولاتها وقد جعلها الفقه الإسلامي ركنًا له.

وإذا كان السبب القصدي في الفقه اللاتيني يقوم بدور في الشرائع التي تمسكت به من ناحية وفاته بتعليل بعض الأحكام فما الذي قام بهذا الدور في الفقه الإسلامي حين استغنى عن ذكر هذا السبب فلم يعقد له بابًا يجعله أصلاً من أصوله ولا من نظرياته.

في سبيل الإجابة على ذلك نقرر أن أنصار نظرية السبب القصدي من علماء الفقه الغربي إذا كانوا قد تمسكوا بها لصلاحيتها وفائدتها في إبطال التزامات صدرت من جانب مستوفية لشرائطها في الفقه اللاتيني، وذلك لارتباطها بالتزامات أخرى من جانب آخر محلها غير موجود أو غير مشروع أو مستحيل، فإن الفقه الإسلامي قد استطاع بوسائله وصنعته الخاصة به أن يصل إلى ذلك لا عن طريق القول بالسبب القصدي بل من طريق ما اشترطه من الشروط في محل العقد المكون من التزامين متقابلين وإن شئت قلت وفي موضوعه أيضًا.

فقد اشترط في محله كما تقدم ألا يكون محظورًا فأبطل الإجارة على السب والضرب والقتل وما إلى ذلك من العقود التي يكون موضوعها أمرًا محظورًا محرمًا، بينما يبطلها الفقه اللاتيني لأن السبب فيها غير مشروع - واشترط أيضًا أن يكون المحل مقدورًا وغير مستحيل، فأبطل الإجارة على الأعمال المقدورة في ذاتها والالتزامات بأعمال غير مقدورة في العادة، بينما أبطلها الفقه اللاتيني بناءً على أن السبب القصدي غير ممكن - واشترط فيه أيضًا أن يكون موجودًا أو ممكن الوجود فأبطل بيع ما لا يوجد، بينما أبطله الفقه اللاتيني بناءً على أن السبب غير مقدور.

واشترط كذلك أن يكون موضوع العقد محققًا لطرفيه جميعًا فائدة، فأبطل المبادلة بين شيئين متماثلين من جميع الوجوه، وأبطل الإجارة على الأعمال الواجبة شرعًا كالإجارة على الصلاة وإجارة الزوجة على الأعمال الداخلية في بيت الزوجية،

والإجارة على رد العارية ورد المغصوب إلى المالك، إذ لا فائدة لطرفيه في المثال الأول، والاشتغال به عبث، ولا فائدة فيه للملتزم بالأجرة، لأن العمل المقابل لها واجب على من التزم به قبل العقد فلم يستفد المستأجر فائدة جديدة يصح أن يلتزم بعوض في مقابلها وذلك في الأمثلة الأخرى، وأبطل الفقه اللاتيني هذه الالتزامات بناء على أن السبب غير موجود في الحقيقة. إذ السبب لابد أن يكون في عقود المعاوضات مصلحة مالية تبتغى من العقد.

ذلك ما كان في العقود التبادلية التي تتم بين طرفين أو تتضمن التزامين متقابلين. أما في الالتزام الانفرادي أو في التبرع فإن السبب فيه قد يكون الحصول على عمل كما في الوعد بجائزة، أو التبرع كما في التبرعات، وفي الحالين لا يستدل على ذلك إلا بالعبارة المنشئة للالتزام المفصحة عما استكن في النفس من ذلك والتي تعتبر دليلاً على وجوده، وذلك ما يحقق وجود السبب القصدي في الفقه اللاتيني، وما يحقق شرط الرضا والاختيار في الفقه الإسلامي، فكان اشتراط الرضا في هذا النوع مغنيًا عن القول بالسبب القصدي مؤديًا نتائجه، مضافًا إلى ذلك دلالة العبارة على موضوع الالتزام، كما في الوعد بجائزة؛ لأن إرادة العمل المجاز عليه هو الباعث على الالتزام بالمال.

ومن ذلك يتبين أن من الخطأ أن يحاول إنسان فرض نظرية السبب القصدي على الفقه الإسلامي فرضًا قسريًا لا يقوم إلا على محاولات وتأويلات لا سند لها ولا ضرورة إلى فرضها إذ لكل فقه أصوله وصنعته.

السبب المصلحي أو الباعث:

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن النظرية الحديثة للسبب بمعنى الباعث تستوجب ألا يكتفى في سبيل الحكم بصحة الالتزام بأن تكون أركانه وشروطه سليمة من الناحية الفنية الاصطلاحية، بل يجب مع ذلك أن نبحث عن البواعث والدوافع التي دفعت صاحبه إليه، حتى إذا وجدت مشروعة غير منافية للنظام العام والآداب كان الالتزام صحيحًا - إذ كثيرًا ما يستخدم الالتزام للوصول إلى أغراض وغايات محرمة أو مخالفة للنظام العام والآداب، وفي هذه الحال يتعين على المشرع أن يبطله وألا يقره.



وإذا نظرنا إلى الفقه الإسلامي وجدنا أن له منزعين مختلفين في النتيجة. فهو من ناحية ذو نزعة موضوعية بارزة، إذ تبنى أحكامه في مجال الالتزام على الاعتداد بالعبارة واعتبارها المظهر الكاشف عن الإرادة التي تتوقف عليها نشأة الالتزام، إلا إذا قام دليل مادي ينفي عنها تلك الدلالة ويحول بينها وبين ذلك الإفصاح، كالصغر والجنون والإكراه والاتفاق السابق على الهزل. أما ادعاء ما ينفي عنها ذلك مما ليس له مظهر وجودي في الخارج كادعاء الخطأ أو النسيان أو نية الهزل فلا يلتفت إليه وإن دلت على ذلك القرائن المصلحية، إذ من الجائز أن يكون الملتزم غير مساير لها ولا متفق معها - وذلك ما ذهب إليه جمع كبير من الفقهاء وعلى رأسهم الحنفية، خلافًا لما ذهب إليه آخرون كبعض الشافعية.

وهذا هو مظهر اعتماد الفقه الإسلامي على الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.

ومن هذه الناحية يقترب كثيرًا من الفقه الألماني ذي النزعة الموضوعية، ويكون من نتائج ذلك أن تكون نشأة الالتزام أو صحته منوطة بكيانه الفني التعبيري دون نظر إلى ما توسل به إليه من أغراض وغايات خارجة عن موضوع العقد أو الالتزام على العموم، مما لم يشرع العقد ليكون وسيلة إليه. ومن ثم لا يكون لنظرية السبب بمعنى الباعث فيه مجال واسع، بل تكون ضامرة ضمورها في الفقه الألماني.

وهو من ناحية أخرى يقوم ويؤسس على القيم الأخلاقية والآداب الدينية، بدليل ما قدمناه فيما سبق من آيات الكتاب الحكيم مثل قوله تعالى: ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلْإِثْمَ وَٱلْبَغْيَ بِغَيْرِ ٱلْحَقِّ ... (٣٣) ﴾ [الأعراف]، وقوله تعالى في وصف الرسول ﷺ: ﴿ ...وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَٱلْأَغْلَٰلَ ٱلَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ ... (١٥٧) ﴾ [الأعراف]. وذلك ما يقتضيه أن يبحث عن البواعث والنوايا التي دفعت الملتزم إلى التزامه، فيجعل ما كان منها شريفًا طيبًا أساسًا صالحًا لنشأة الالتزام، وما كان خبيثًا فاسدًا مبطلاً له، وعلى ذلك الأساس تجد هذه النظرية في الفقه الإسلامي مجالاً فسيحًا متسعًا تزدهر فيه

ازدهارها في الفقه اللاتيني أو تزيد، فيكون للسبب بمعنى الباعث أثر ظاهر في صحة الالتزام وفساده، فيكون فاسدًا ما كان الباعث أمرًا محظورًا شرعًا.

وقد كان لهذين المنزعين أثرهما الواضح فيما ذهب إليه أرباب المذاهب المختلفة في هذا الفقه من ناحية أن فريقًا منهم مال إلى النزعة الأولى ميلاً ظاهرًا وإن لم يغفل النزعة الثانية إغفالاً تامًا - وأن فريقًا منهم مال إلى النزعة الثانية ميلاً واضحًا وإن لم يغفل النزعة الأولى - فنرى فيما ذهب إليه الأولون أن هذه النظرية نظرية السبب بمعنى الباعث تختفي تحت ستار من صيغة العقد التي اعتبرت فيه مظهرًا للإرادة وكاشفة عنها، فلا يعتد فيها بالباعث على الالتزام إلا حيث يتضمنه ويدل عليه التعبير عن الإرادة، فإن لم يتضمنه التعبير عنها لم يعتد به إلا في حالات قليلة سنعرض لها ولأسبابها. وذلك قريب جدًا مما ذهب إليه الفقه الألماني، إذ ذهب إلى أنه لا يعتد إلا بما دلت عليه عبارة العقد من إرادة، فالعبارة عنده صورة الإرادة أو هي الإرادة، فإذا تضمنت الباعث كان عنصرًا من عناصر العقد بالقدر الذي تدل عليه العبارة، وإذا لم تتضمنه كان الالتزام مجردًا فلا يبحث عنه فيما وراء العبارة ودلالتها، وعلى ذلك يكون السبب في هذا الفقه أمرًا موضوعيًا لا أمرًا نفسيًا وبهذا يستقر التعامل بين الناس.

وليس يراد بدلالة عبارة العقد في هذا المذهب دلالتها بمعناها الضيق المقصور على دلالتها اللغوية الوضعية. بل يراد بها دلالتها مع ملاحظة ما انضم إليها وما صاحبها من القرائن وما لابسها من ظروف وما ألف واعتيد في مثل هذا الالتزام، ونحو ذلك مما يتبين منه القصد وتتجلى به الإرادة.

وعند هذا يجب أن يكون ذلك الباعث أمرًا مشروعًا لا يخل بالآداب العامة حتى يكون الالتزام صحيحًا.

ونرى فيما ذهب إليه الآخرون أن العوامل الدينية والخلقية والأدبية لها الغلبة، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة. ويكون الالتزام فاسدًا أو باطلاً بعد سلامة كيانه الفني الذي يتمثل في العبارة المنشئة له تبعًا لما يتبين من مشروعية الباعث أو عدم مشروعيته، مما قد أشرنا إليه في الفقه اللاتيني.

وعلى أية حال يرى أن الفقه الإسلامي لم يعن بوضع مبدأ كلي أو نظرية عامة في السبب يجلعها محل بحثه ومناط حلوله وتطبيقاته، وهذا شأنه في أكثر ما عرض له إذ لم يضع فيه نظريات عامة، وإنما اقتصر على ما حواه من مسائل عديدة مختلفة عني ببيان حلولها ابتداء، ثم تلا ذلك ما كان من عناية الخلف ببيان ما وصلت إليه أنظارهم وبحوثهم من أسباب وأصول بنى عليها أسلافهم هذه الحلول فيما ظهر لهم. وما تستند إليه من براهين ودلائل، وعند النظر في ذلك مع الاستقراء والموازنة أمكن الفقهاء المحدثين أو المعاصرين أن يستنبطوا ما للفقه الإسلامي من حظ فيما سماه الفقه الغربي بنظرية السبب.

وكان من الفريق الأول الأحناف والشافعية ومن الفريق الثاني الحنابلة.

وجملة القول إن الفقه الإسلامي لم يتجه اتجاه الفقه الغربي فيجعل السبب الباعث البعيد غير المباشر ركنًا من أركان الالتزام، ذلك لأنه أمر باطني نفسي فلا يصلح أن يكون ركنًا على أي اصطلاح في الركن في عرف فقهاء الشريعة، فليس جزءًا من الالتزام نفسه على ما يرى الحنفية في معنى الركن. ولا يتوقف تصوره عليه على ما يرى غيرهم فيه.

وكذلك لا يصلح عند الحنفية ولا عند غيرهم أن يكون وجوده شرطًا في الالتزام، إذ لا يتوقف صدور عبارة الالتزام ودلالتها عليه والاعتداد بها على وجود باعث نفسي خارجي عنها دفع إليها وإن قضت العادة بذلك. وإنما نيط وجود الالتزام شرعًا ووجوب تنفيذه بصدور العبارة الصحيحة في صورتها الدالة عليه من أهلها. وذلك ما يدل عليه نصوص الكتاب والسنة بل وعامة أحكام الشريعة، إذ قد تظاهرت وتضافرت جميعها على أن العقود تنشأ وتلزم بعباراتها الدالة عليها.

أما ما يدفع إليها من قصد وغرض فخلاصة ما وصل إليه الفقهاء في هذا: أن الملتزم إذا اتجهت إرادته من إنشاء التزامه إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض لم يكن مقصودًا للشارع من شرعه، فقد يكون هذا الغرض مباحًا غير محظور وقد يكون محظورًا حرمه الشارع.

فإذا كان مباحًا لم يؤثر ذلك في صحة الالتزام اتفاقًا، ذلك بأن الغرض في هذه الحال حاجة للملتزم غير محظور عليه تحقيقها، وفي تحقيقها سداد لعوزه ومنفعة له وتوسعة عليه دون ضرر بأحد، وذلك مطلوب وجائز له شرعًا. وقد رأى التزامه طريقًا إلى ذلك فجعله وسيلة إلى تحصيله فلا حرج عليه في ذلك، ولمثل هذا شرعت الالتزامات والمعاملات على العموم.

وإذا كان غرضًا محظورًا حرمه الشارع فإن ضمن عبارته ما يدل عليه كان التزامًا فاسدًا باتفاق بين جميع الفقهاء، لاقترانه بشرط محظور محرم.

إذ يصير بذلك هذا الالتزام أمرًا محظورًا حرمه الشارع وكل محرم باطل فاسد.

وإن لم يضمن الملتزم عبارته ما يدل عليه فقد اختلف رأي الأئمة في ذلك فمنهم من سوى بين هذه الحال والتي قبلها وهم الحنابلة فأبطل الالتزام ولم يرتب عليه أثرًا.

ومنهم لم يسو بينهما فصحح الالتزام، ذاهبًا إلى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها نيات المتعاقدين، فإذا عقدت في الظاهر على وضع صحيح كانت صحيحة ولا تفسد لتوهم أو ظن يقوم بغير عاقدها قد قصد بها أمرًا محرمًا، ذلك لأن صدور عبارتها على وضعها الصحيح من أهل لإصدارها يدل ظاهرًا على أن إرادة صاحبها ونيته قد اتجهت إلى تحقيق الغرض الشرعي الذي قصده الشارع من شرعها، إذ إن إقدام الإنسان على مباشرة ما جعله الشارع سببًا ووسيلة إلى مسبب معين دليل على إرادة تحقيق ذلك المسبب، فلا يحكم عليه بأنه أراد خلافه إلا إذا تضمنت عبارته ما يدل على ذلك، وعندئذ يكون ما تضمنه شرطًا في العقد جزءًا من الالتزام فيفسد به. وعلى رأس هذا الفريق كما تقدم الشافعية والحنفية.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن اعتدادهم بالباعث المحظور ليس مقصورًا على ما يكون مصرحًا به في عبارة الالتزام بل يتجاوز ذلك إلى الحالات التي يكون فيها محل الالتزام أو العقد دالًّا عليه معينًا له، فإذا كانت طبيعة المحل تدل على أن السبب الذي دفع إلى الالتزام غير مشروع كان العقد باطلاً كما سيأتي بيانه.



في مذهب أبي حنيفة:

وفي مذهب أبي حنيفة فروع كثيرة عديدة تدل على ما سبق بيانه، من ذلك ما جاء في الزيلعي:

ولا يجوز "أي الاستئجار" على الغناء والنوح والملاهي، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الآخر شيئًا، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر بدلاً، ولو استحق المستأجر على أجيره الغناء أو النوح أو قيامه بلهو استحق عليه معصية، وكان هذا الاستحقاق مضافًا إلى الشارع من حيث إنه شرع عقدًا موجبًا للمعصية، تعالى الله عن ذلك علوًّا كبيرًا.

وفي كتاب الاستحسان:

إذا أخذ من قام بالغناء أو بالنوح المال من غير عقد أو شرط جاز، ويباح ذلك لأن إعطاء المال حينئذ كان عن طوع من غير عقد[1]، ولم يكن عن التزام نظير محظور.

وفي الفتاوى الخانية:

رجل استأجر فحلاً لينزي به[2] لا يجوز ذلك، ولا أجر فيه.

وكذا النائحة والمغنية "أي إذا استأجرها لتنوح أو لتغني". أما النزاء فلنهي النبي ﷺ عن عسب الفحل، أي أخذ الأجر عليه، وهو طرق الناقة فقد روي عنه:

"إن من السحت عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام"، وذلك لأن طرق الناقة قد لا يلقح، فكانت ثمرته غير مقدور عليها، فلا يجوز لذلك أخذ الأجر عليه، لما في ذلك من الضرر، فكان أخذ المال في مقابلة ماء مهين لا قيمة له. وأما النوح والغناء فكلاهما معصية كما تقدم.

---

(١) الزيلعي، ج٥، ص ١٢٥.

(٢) أي لأجل النزاء على النوق وطرقها.

وإن استأجر المسلم ذميًا ليبيع له الخمر أو الميتة أو الدم لم يجز[1]، لورود النهي عن ذلك.

وفي البدائع: ولا تجوز إجارة الإماء للزنا لأنها إجارة على المعصية[2]، وفيها: لو اشترى قمرية على أنها تصوت، أو طيرًا على أنه يجيء من مكان بعيد، أو كبشًا على أنه نطاح، أو ديكًا على أنه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله، وهي إحدى الروايتين عن محمد؛ لأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محظور، فكان ذلك شرطًا محظورًا، فيوجب فساد البيع.

ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد؛ لأن الغناء صفة محظورة، لكونه لهوًا، فشرطه في البيع يوجب فساده، ولكن إذا اشترط ذلك إظهارًا لعيبها قصدًا إلى البراءة منه جاز البيع ولا خيار له، وجدت كذلك أم لا[3].

فهذه الفروع كلها تدل على أن محل العقد يجب أن يكون مشروعًا وذلك في معنى ما يذكره القانونيون من أن السبب القصدي يجب ألا يكون مخالفًا للنظام العام أو للآداب.

وجاء في البدائع:

وأما القرد "أي شراء القرد" فعن أبي حنيفة ﷺ روايتان في جوازه وعدم جوازه. وجه رواية عدم جوازه أنه غير منتفع به شرعًا فلا يكون مالاً كالخنزير، ووجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعًا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده، فكان بالنظر إلى جلده مالاً، وجاز لذلك شراؤه، والصحيح عدم الجواز لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة؛ بل للهو به وهو حرام، فكان هذا بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز - وهنا قد استدل على الباعث من طبيعة محل العقد وهو القرد، إذ إن القرد لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل ليتلهى به، فكان شراؤه بحكم العادة والعرف لذلك وهو محظور.

---

(١) الفتاوى الخانية، ج٢، ص ٣٢٢.

(٢) البدائع، ج٤، ص ١٩٠.

(٣) البدائع، ج٥، ص ١٦٩ مع تصرف.

وجاء في مختصر الطحاوي، ص ٢٨٠:

ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرًا دون من يخاف ذلك عليه؛ لأن العصير حلال فبيعه حلال، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمنًا أن يتخذه المشتري خمرًا، فالبيع في هذه الحال صحيح ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمرًا.

وقد يرى أن فيما ذهب إليه الإمام من القول بصحة زواج المحلل عند تضمن الصيغة ما يدل على الغرض منه، وهو إحلال الزوجة لزوجها السابق الذي طلقها ألبتة، مناقضة للمبدأ السابق، فقد ذهب إلى أن النكاح صحيح ويفسد ما اقترن به من شرط، بناء على أن النكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة وإلى هذا ذهب أيضًا محمد، وإن رأى أن هذا النكاح لا يترتب عليه مع ذلك حل المرأة لمطلقها، معاملة للزوج الثاني بنقيض قصده، خلافًا لأبي يوسف الذي جرى على الأصل فأفسد النكاح في هذه الحال، وهو قول عند الشافعية. كما أفسده المالكية والحنابلة وإن لم تتضمن صيغته ما يدل على الغرض.

وكذلك يرى أنه فيما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من القول بفساد بيع العينة إذا لم يتوسط المقرض والمقترض ثالث، وإن لم تتضمن الصيغة ما يدل على الغرض الباعث، خروجًا على هذا الأصل الذي سبق بيانه. بينا أن الصاحبين قد أجازاه، مع كراهته عند محمد، كما أجازه الشافعي، إذا لم تتضمن صيغته ما يدل على الكراهة، وذهب إلى فساده مطلقًا المالكية والحنابلة.

ولكن قد يدفع هذا أن أبا حنيفة حين ذهب إلى صحة زواج المحلل أبطل الشرط وما دل عليه، وجعله كأن لم يكن، وصار العقد كالخالي منه، وبذلك لم يصر العقد وسيلة إلى محظور، ثم قيل إلى هذا أن العاقد لم يقصد فيه محظورًا قصدًا مباشرًا، لأن الذي قصد إليه قصدًا مباشرًا هو حل الزوجة لمطلقها، وهذا أثر من آثار العقد ومن مقتضياته شرعًا، وهو في ذاته غير محظور، فلا يكون مجرد القصد إليه محظورًا،

ولكن الحظر جاء من ناحية دلالته على إرادة الفرقة وعدم استدامة النكاح، وهذا هو المحظور، ولم يقصد إليه المتزوج مباشرة وقد يقدم عليه فلا يفارق، فلم يتمحض العقد وسيلة إلى الحرام، وإن كان العقد لما ذكر عقدًا مكروهًا لذلك، ولما وصف به الرسول ﷺ صاحبه إذ وصفه بأنه التيس المستعار، غير أنه إذا قيل أن إرادة المحظور من العقد لا تؤثر في العقد إذا احتمل ألا يجعله العاقد وسيلة إليه للزم القول بصحة عقود تضمنت عباراتها ما يدل على الغرض المحظور منها لجواز أن العاقد قد يعرض بعد تمامها عن هذا الأمر المحظور أو لا يقدم عليه.

أما ما ذهب إليه في بيع العينة فلا شك أن فيه معارضة للأصل السابق إلا أن يقال إن في اجتماع العقدين على الوضع الذي صدرا به دلالة بينة على قصد المحظور، فكان ذلك مما دل على الغرض المحظور ضمنًا كما في شراء القرد.

مذهب الشافعي:

أما الشافعية فقد كانوا في ذهابهم إلى هذا الأصل أوضح بيانًا وأشد عارضة وأقوى احتجاجًا، ولعل من أوضح ما يدل على ذلك ما جاء في الأم:

أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحًا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته لصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أن يقتل به ظلمًا، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أن يعصره خمرًا، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن ألا يجعله خمرًا أبدًا، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدًا أبدًا، ولو نكح رجل امرأة عقدًا صحيحًا وهو ينوي ألا يمسكها إلا يومًا أو أقل أو أكثر لم أفسد عليه النكاح، وإنما أفسده أبدًا بالعقد الفاسد[1].

---

(١) الأم، ج٣، ص ٧٥.

 

ويعزو ابن القيم إلى الشافعي في كتابه إعلام الموقعين[1] أن هذه العقود التي لم يشترط المحرم في صلبها عقود صدرت من أهلها في محلها مقرونة بشروطها، فيجب الحكم بصحتها، لأن السبب هو الإيجاب والقبول، وهما تامان، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها، ومحل العقد قابل لحكمه، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة. وقد جرى الشافعي في فروعه وتطبيقاته على أصله هذا.

مذهب أحمد:

ذهب الحنابلة إلى إبطال كل عقد تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم، سواء تضمنت صيغته ما يدل عليه أم لم تتضمنه وكان أمرًا باطنيًّا معنويًّا وإن جاز ألا يكون أو أن يتبدل. ذلك لأنه قد اتخذ وسيلة إلى أمر غير مشروع ولم يجعله الشارع وسيلة إلى محظور، وفي تصحيحه إعانة على المعصية، والإعانة عليها بأي طريق أمر محظور، ولا يحتج بسلامة العبارة وخلوها مما يدل عليها، فإن الوصول إليها بطريق الغش والخديعة وعلى وجه الخفاء قد يكون أشد نكرًا وأعظم إثمًا من الوصول إليها بطريق ظاهر علني، لأن الأمر المعلن الظاهر قد يمكن تداركه وتلافيه والحذر منه، بخلاف الأمر الخفي.

وقد تضافرت أدلة الشريعة وقواعدها على أن القصود في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته، كما أثرت في الفعل الذي ليس بعقد ولا إلزام فيكون حلالاً أو حرامًا تبعًا لاختلاف النية والقصد منه، كما قد يعد صحيحًا تارة وفاسدًا تارة أخرى بناءً على ذلك، كذبح الحيوان يكون حلالاً إذا ذبح باسم الله ويحرم إذا ذبح باسم الصنم، وغير ذلك مما يماثله كثير، وقد قال ﷺ: "...**وإنما لكل امرئ ما نوى**"[2]. وهذا عام يعم العبادات والمعاملات والأقوال والأفعال. وهو دليل على أن من نوى بالبيع ربا فقد قارف الربا، وليس يعصمه منه ضرورة البيع. ومن نوى بالزواج التحليل كان تيسًا مستعارًا كما دل على ذلك الحديث، ولا يبعده عن ذلك صورة عقد

(١) إعلام الموقعين، ج٣، ص ١٧٢ وما بعدها.
(٢) رواه البخاري (١/ ٦، رقم ١)، وابن ماجه (٤٢٢٧)، وأبو داود (٢٢٠١). والحديث أوله: "إنما الأعمال بالنيات...".

الزواج. إذ ليس الشأن للأسماء وصور العقود، وإنما الشأن لحقائقها ومقاصدها وما عقدت له. وما مثل من وقف عند الظواهر والصور والألفاظ ولم يراع المقاصد والمعاني إلا كمثل رجل أمر بألا يسلم على صاحب بدعة فذهب إليه فقبل يده ورجله ولم يسلم عليه. "إعلام الموقعين مع تصرف".

وبناءً على هذا المبدأ كان من المحظور عند أحمد ما يأتي:

(١) بيع العينة بجميع صوره.

(٢) هدية المقترض لمن أقرضه قبل الوفاء ممن لم تجر عادته بذلك.

(٣) هدية المشركين لأمير جيش المسلمين.

(٤) هدية العامل لرئيسه إذا لم تجر عادة له بذلك.

إذ في كل ذلك وما يماثله ما ينم على أنه قد اتخذ وسيلة للوصول إلى غرض محظور فكان لذلك محظورًا وإن لم يصرح بالغرض.

مذهب مالك:

أما المالكية فإن مذهبهم أقرب إلى مذهب الحنفية والشافعية من ناحية الصناعة الفقهية إذ إنهم يرون رأي هؤلاء في صحة الالتزام إذا لم تتضمن عبارته ما به يفسد. وإن كانوا لا يجوزون استدامة آثاره لما يترتب عليه من آثام ومفاسد فيجبر المتملك في مذهبهم على أن يخرج من ملكه ما تملكه أو ينقضي العقد ويفسخ على الخلاف في ذلك عندهم.

جاء في المدونة:

قال مالك: لا يعجبني أن يبيع الرجل داره ممن يتخذها كنيسة، ولا أن يؤجرها ممن يتخذها كنيسة، ولا أن يبيع شاته من المشركين إذا علم أنهم إنما يشترونها ليذبحوها لأعيادهم، ولا أن يكري دابته منهم إذا علم أنهم يكرونها ليركبوها إلى أعيادهم.

وفيها عن مالك: إذا أجر المسلم داره إلى نصراني ليبيع فيها الخمر كذلك لا خير فيه، والإجارة باطلة، ومثله المسلم يؤجر نفسه أو غلامه أو دابته أو داره أو شيئًا مما يملكه في شيء من الخمر كحملها أو عملها أو حفظها.

وفيها: استئجار دفاتر فيها غناء أو نوح غير جائز وكذلك شراؤها، ولا يجوز شراء جارية بشرط أن تكون مغنية.

وفيها: الإجارة على القتل أو على الضرب أو على ما لا يجوز غير جائز[1].

وفي مواهب الجليل لأبي عبد الله محمد الحطاب:

ويحرم بيع الحربيين آلة الحرب من سلاح أو كراع أو سروج أو غيرها مما يتقوون به في الحرب من نحاس وغيره. قال أبو إسحاق: فإن بيع منهم ذلك بيع عليهم على قياس قول ابن القاسم في بيع القن المسلم والمصحف من الكافر، وكذا يحرم بيع الدار وكراؤها لمن يتخذها كنيسة أو بيت نار، وكذا لمن يجعل فيها الخمر.

وفي المدونة - وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليبًا، وبيع العنب لمن يعصره خمرًا على أحد قولين، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين أو إثارة الفتنة بينهم. كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون في الفساد وعدم الغيرة وهم آكلون للحرام ويطعمونها منه[2].

وفي الخرشي: ويلحق بمنع بيعه أي "المصحف أو القن المسلم للكافر" بيع آلة الحرب للحربي، والدار لمن يتخذها كنيسة، والخشبة لمن يتخذها صليبًا، والعنب لمن يعصره خمرًا، والنحاس لمن يتخذه ناقوسًا، وكل شيء يعلم أن المشتري قصد بشرائه أمرًا لا يجوز كبيع الجارية لأهل الفساد، الذين لا غيرة لهم أو يطعمونها من حرام، والمملوك ممن يعلم منه الفساد، والحكم في الجميع الجبر على الإخراج من غير فسخ على مذهب المدونة - وإذا كان العقد إجارة فسخت[3].

---

(١) المدونة، ١١، ص ٦٣، ص ٦٦، ٦٧.

(٢) المدونة، ج٤، ص ٢٥٣، ص ٢٥٤.

(٣) ج٥، ص ١١.

وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه:

ويمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمرًا لا يجوز، كبيع جارية لأهل الفساد، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبًا، وبيع العنب لمن يعصره خمرًا، والنحاس لمن يتخذه ناقوسًا، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحربيين كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقوون به في الحرب من نحاس أو خباء أو ماعون، ويجبرون على إخراج ذلك من ملكهم ولا يفسخ البيع، وهذا هو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب المدونة - ومقابله أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائمًا، ونسبه سحنون لأكثر أصحاب مالك.

وقال ابن رشد: والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك، أما إذا لم يعلم ثم ظهر أنه يفعل ذلك فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف، ولكن يجبر المشتري على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه[1].

والناظر في هذه النصوص والعبارات يلاحظ أنه قد عبر في جانب هذه العقود وأكثرها عقود الباعث عليها غير مشروع - بالأوصاف الآتية: لا يعجبني - لا خير فيه - والإجارة باطلة - غير جائز - لا يجوز - يحرم - ويمنع - فسخ. كما يلاحظ أنهم نصوا على أن الحكم فيها إذا كانت تمليكًا هو إجبار المتملك على أن يخرج من ملكه ما تملكه بها ببيع أو نحوه، ولا تفسخ على المشهور من مذهب مالك، وهو مذهب المدونة. وإذا كانت إجارة فسخت -. وعلى غير المشهور تفسخ مطلقًا بيعًا أو إجارة -. وقال ابن رشد: إذا كان البائع يعلم بحال المشتري ففي ذلك القولان السابقان، أما إذا كان لا يعلم بحاله عند التعاقد ثم ظهر ذلك بعد العقد فلا يفسخ قولاً واحدًا، وإنما يجبر المتملك على الإخراج، وهذا إنما يتصور في عقود التمليك لا في الإجارة.

ومما لا شك فيه أن الحكم بالإجبار على الإخراج من ملك المتملك يدل على أن أصحاب هذا الرأي يرون أن العقد وقع صحيحًا مع عدم مشروعية الباعث عليه،

---

(١) ج٣، ص ٧.



وذلك ما ذهب إليه الشافعية وأبو حنيفة بدليل ما ذكروه من إجبار المتملك على بيعه أو هبته، وذلك لا يكون إلا عن ملك ثبت له بذلك العقد الذي كان الباعث عليه غير مشروع، وهذا خلاف ما ذهب إليه الحنابلة من عدم صحة هذا العقد.

وعلى هذا يكون مذهب المالكية متفقًا مع مذهب الشافعية وأبي حنيفة في القول بصحة هذه العقود لسلامة عبارتها على القول المشهور. أما الإجبار على الإخراج فلمنع فساد يترتب عليها وهو عند المالكية من باب سد الذريعة ولا صلة له بصحة العقد ولا ببطلانه.

أما الحكم بفسخ هذه العقود فهو محل نظر - وذلك لأنا نرى أن المدونة عبرت في بعضها وهو عقد الإجارة بأن الإجارة باطلة، كما عبرت أيضًا فيها وفي غيرها بأنها غير جائزة، ولا يجوز، وأن غيرها عبر في مثل ذلك بأنه يفسخ فإن قصد بعدم الجواز في هذه المواضع الفسخ "أي أن هذه العقود تكون منفسخة غير منعقدة، ولذا فإنها تعد مفسوخة ولا تمضي فهو بعيد بدليل ما جاء في الحطاب نقلاً عن ابن رشد في البيان:

إجارة المسلم نفسه من النصراني واليهودي على أربعة أقسام: جائزة ومكروهة ومحظورة وحرام، **فالجائزة**: منها ما كان قيام الأجير فيها بالعمل المستأجل عليه في محل عمله كحائك الثياب وصانع الأحذية وغيرهما مما يعمل لجميع الناس. **والمكروه**: ما اقتضى الاتفاق فيه أن يستبد المؤجر بجميع عمل الأجير من غير أن يكون تحت يده كالمزارع والمساقي. **والمحظور**: أن يؤجر نفسه في عمل يقتضيه أن يكون تحت يد مستأجره وفي منزله كالخادم والمرضع إذا اشترط عليها أن يكون الإرضاع في بيته، وهذه الإجارة تفسخ إن وقعت وعثر عليها، فإن فاتت مضت ووجبت فيها الأجرة للأجير - **والحرام**: أن يؤجر نفسه فيما لا يحل من عمل الخمر أو رعي الخنازير؛ فهذه الإجارة تفسخ قبل العمل فإن فاتت تصدق الأجير بالأجر.

ووجه دلالة ذلك على ما أشرنا إليه من البعد أن قد عبر في النوعين الأخيرين بما يدل على وجوب فسخهما، والمعروف أن الفسخ لا يكون إلا في إجارة منعقدة؛ وعلى ذلك فكلا الرأيين السابقين يدل على أن المالكية يرون أن العقود التي دفع إليها

أمر غير مشروع عقود صحيحة منعقدة، وإن وصفت بالكراهة والحرمة من ناحية أنها عمل محظور صدر من مكلف. أما آثارها فقد ترتبت على أسبابها[١].

ومن هذا يتضح أن المالكية يرون رأي الشافعية في هذه العقود، لا كما ذهب إلى خلاف ذلك بعض الكاتبين الذين اشتبه عليهم ما جاء على لسان الشاطبي في موافقاته مما يدل على أنهم يرون بطلان ما دعا إليه أمر غير مشروع؛ فإن ذلك خاص بالعبادات لا بالعقود، وقد ألحقوا عقد الزواج بالعبادات لما يترتب عليه من الحل والحرمة بالنسبة للوقاع فنصوا على أن نكاح المحلل فاسد، وهو من قصد التحليل لغيره، وفرعوا على ذلك بأن من تزوج امرأة بنية إحلالها لمن بت طلاقها ولو نوى مع ذلك إمساكها إن أعجبته فإن نكاحه يفسد ولا يترتب عليه حل[٢].

علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور في العقد:

علمنا أن السبب غير المشروع إذا لم يذكر في العقد لا صراحة ولا ضمنًا فإن الحنابلة يعتدُّون به ولكن بشرط أن يكون معلومًا من الطرف الآخر، كما يتبين ذلك من النصوص المنقولة عن الحنابلة من أنهم لا يرون فسخ العقد عندما يكون سببه المحظور غير مذكور فيه إلا إذا كان الطرف الآخر على علم بذلك السبب؛ ففي المغني في بيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل، وبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا محرم وكرهه الشافعي، وذكر أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرًا فهو محرم...، وإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع أن قصد المشتري ذلك إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك. فأما إذا كان الأمر مجهولاً مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله فالبيع جائز. والنصوص الدالة على هذا عديدة وهذا هو المنحى الذي نحاه الفقه اللاتيني الحديث في نظرية السبب. ويكفي في ذلك أن يكون الطرف الآخر بحيث ينبغي أن يعلم بذلك الباعث حتى ولو لم يكن عالمًا به فعلاً، وهذا ما يستفاد من بعض المسائل والفروع، وأكثر ما يقع ذلك في التبرعات، فإذا أهدى المقترض إلى

---

(١) ج٥، ص ٤١٩.

(٢) الشرح الكبير للدسوقي، ج٢، ص ٢٥٨.



المقرض شيئًا قبل الوفاء حمل ذلك على الربا فلا يصح الإهداء، وإذا أهدى المشركون لأمير جيش المسلمين هدية حمل ذلك على الرشوة، وكذا ما يهديه العمال لرؤسائهم أو المتخاصمون للقضاء وهكذا.

فقد جاء في قواعد ابن رجب الحنبلي: هدية المقترض للمقرض قبل الأداء لا يجوز قبولها ممن لم تجر له منه عادة بذلك، وكذلك هدية المشركين لأمير الجيش، وإنما تعتبر غنيمة. ومن ذلك هدايا العمال للأمير والهدية للقاضي ممن لم تجر له عادة بالإهداء إليه[1].

السبب في الإرادة المنفردة عند علماء الفقه الإسلامي:

إذا كان الالتزام انفراديًا - فالعبرة أيضًا بعبارته عند فقهاء الإسلام فهو سليم صحيح ما كانت عبارته سليمة لم تتضمن ما يدل على غرض محظور بعث عليه، وذلك هو ما ذهب إليه جمهورهم على ما قدمنا في العقود - أما ما خفي من البواعث والأغراض المحظورة مما لم تتضمن عبارته ما يدل عليها فلا ينظر إليه، ولا يبحث عنها في محيط القرائن والظروف لما قدمنا.

ويقتضي ما ذهب إليه بعض الحنابلة من أصول ومبادئ في هذا الصدد كابن تيمية وابن القيم الاعتداد بالبواعث المحرمة المحظورة التي تدل عليها القرائن والملابسات. فلا يجوز أن ينعقد معها الالتزام لأنه سعى إلى محرم ووسيلة إلى اقتراف محظور فيكون محرمًا محظورًا، لأن ما يؤدي إلى المحرم محرم أو محظور، وكل محرم أو محظور باطل لا يقره الشارع.

وذلك ما أخذ به قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م إذ جاء في المادة (٣) فقرة أولى ما نصه: "يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافيًا لمقاصد الشارع".

والمراد بالباعث كما جاء في مذكرة القانون الإيضاحية السبب الذي دعا الموصي ودفعه إلى إصدار وصيته.

---

(١) ص ٣٢١، ٣٢٢ من القواعد.

وبناء على ذلك إذا ما صدرت وصية وجب البحث فيها عن العوامل النفسية التي دفعت الموصي إلى الإيصاء بما أوصى به. وذلك بالنظر فيما اشترطه فيها الموصي، وفيما صدر عنه من أقوال، وما إلى ذلك مما تنكشف به نواياه وأغراضه. فإذا تبين أن السبب الذي دفعه إلى الإيصاء غير مشروع ومناف لمقاصد الشارع كانت الوصية باطلة، والمعول عليه هو الباعث الرئيسي الذي كان له التأثير ابتداء دون البواعث التبعية الثانوية، إذ قد تتعدد البواعث والدواعي.

فإذا أوصى شخص لمستشفى وكان الذي دفعه إلى الوصية حاجة المستشفى إلى المعونة، وكان أن صاحب ذلك جفاء بين الموصي وورثته حبب إليه أمر هذه الوصية؛ لم تكن الوصية باطلة حينئذ إذ لم يكن الدافع الذي دفع الموصي إلى الوصية ابتداء ومباشرة هو قصد الإضرار بورثته، وإنما الرغبة في إعانة المستشفى.

وإذا أوصى إلى خليلة وتبين أن الباعث على الوصية هو إيجاد علاقة غير شريفة بينهما أو استدامتها أو إعادتها بعد انقطاعها كانت الوصية باطلة؛ لأن الباعث عليها محظور.

وكذلك إذا تبين أن الموصي لا يبغي بوصيته إلا الإضرار بورثته فإن وصيته تبطل لأن الإضرار بالورثة أمر محرم محظور. وقد استمد الشارع المصري هذا الحكم مما ذهب إليه بعض الحنابلة على ما بينا.

أما إذا تضمنت عبارة التبرع والالتزام ما دل على أن الباعث عليه أمر محظور فقد يكون مقتضى ذلك أن يتمحض الالتزام شرًا فيكون محظورًا بجميع أجزائه، وفي هذه الحالة لا ينشأ الالتزام اتفاقًا. ويكون التزامًا باطلاً؛ لأنه التزام محرم وكل محرم باطل - وعلى ذلك كانت اليمين على اقتراف حرام غير ملزمة، كمن حلف ليقتلن فلانًا أو ليحرقن داره "ويحرم على الحالف أن يبر بها، ويجب عليه الحنث"، وقد قال ﷺ: **"من حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه"**[1] - متفق عليه - وإذا كان هذا هو الحكم عندما يرى الحالف أن ما حلف عليه غيره خير منه فكيف إذا كان ما حلف على فعله شرًا محضًا؟.

(١) رواه مسلم (٣/ ١٢٧١، رقم ١٦٥٠)، والترمذي (٤/ ١٠٧، رقم ١٥٣٠)، وأحمد (٢/ ٣٦٢، رقم ٨٧١٩)، وغيرهم.



وكذلك النذر يكون باطلاً إذا كان بمعصية فمن نذر لله صلاة بغير وضوء أو تصدقًا بمال الغير كان نذرًا باطلاً غير ملزم لحديث "**لا نذر في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم**" لا خلاف في ذلك[1].

وكذلك الوقت على أندية القمار ووقف المسلم على الكنائس أو في نشر الدين المسيحي أو اليهودي فهو وقف باطل؛ لأنه وقف على معصية[2]، ومثله الوصية لجهة محظورة كالوصية للبيع ومعابد الوثنيين والوصية بمصحف لوثني والوصية بمال ليشتري به خمورًا أو لمن ينوح على الموصي[3].

وكذلك الجعالة على فعل محرم كأن يقول، من قتل فلانًا فله كذا، أو من شرب هذه الكأس من الخمر فله كذا أو نحو ذلك.

فهذه كلها التزامات ينهى عنها الشارع ويكرهها ولا يقرها لأنها شر محض ليس فيها للخير جانب ينظر إليه فكانت باطلة اتفاقًا لا يترتب عليها أثر.

أما إذا تضمنت عبارة الالتزام أمرًا محظورًا بجانب أمر ليس بمحظور فكان التزامًا مشوبًا بالحظر في بعض نواحيه دون بعضها الآخر، وذلك بسبب إشراك جهة محظورة مع أخرى غير محظورة، كأن يوصي إنسان لمسجد وكنيسة، أو يقف عليهما، أو بسبب اشتراط شرط محظور ينهى عنه الشارع، كأن يوصي إنسان لفلان بغلة داره على أن يعطي منها أجر من تنوح عليه، ففي مثل هذا تختلف آراء الفقهاء - فإذا جمع إنسان في وصيته بين من تصح له الوصية ومن حرم الشارع أن يوصى له صحت الوصية بالنسبة إلى من تصح الوصية، له وبطلت بالنسبة لمن لا تصح له الوصية، إذ لا يضير تجزئتها لأن الوصية لهما تعد كالوصيتين لكل من الجهتين وصية، ولا يضير فيها تفريق الصفقة. ومن الحنابلة من ذهب إلى أن الوصية لهما جميعًا تبطل، وذلك لعدم صحة

(١) راجع ابن عابدين، ج٣، ص ٥٠، ص ٦٨؛ ونهاية المحتاج، ج٨، ص ١٧٠؛ وكشاف القناع، ج٤ من كتاب النذر.

(٢) أحكام الأوقاف للأستاذ عشوب، ص ٣٧.

(٣) المغني، ج٦، ص ٣٣١؛ نهاية المحتاج، ج٦، ص ٤١؛ البحر، ج٨، ص ٦١٧؛ الدردير، ج٤، ص٤٢٧؛ المحلى، ج٩، ص٣٢٧؛ تحرير الأحكام، ج١، ص ٢٩٢.

الوصية لمن لا تصح له الوصية وعدم صحة الوصية للجهة الأخرى حينئذ لتفريق الصفقة.

وإذا شرط في الوصية شرطًا محظورًا بطلت عند الحنابلة والمالكية والشافعية فلا يترتب عليها أثر متى توفي الموصي مصرًّا عليها. وذهب الحنفية وابن أبي ليلى إلى أن الشرط يبطل ويلغو وتصح الوصية مجردة عن الشرط.

فإذا أوصى بغلة داره لفلان على أن يعطي منها أجر من ينوح عليه أو على أن يشتري منها بمبلغ كذا خمرًا تعطى لأقاربه أو على ألا يتزوج أبدًا صحت الوصية وكان له كل الغلة ولا تبطل وإن تزوج. وقد أخذ بذلك قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦م مشترطًا ألا يكون هذا الشرط قد دل على أن الباعث على الوصية أمر محظور، فإن دل على ذلك بطلت الوصية (م٣، م٤ منه).

وكذلك إذا وقف إنسان على جهتين إحداهما محظورة كما إذا وقف مسلم أرضه على مسجد وكنيسة فإنه يكون باطلاً على الكنيسة صحيحًا على المسجد، وكما إذا وقف على كنيسة ثم من بعدها على الفقراء فإنه يبطل على الكنيسة ويصح على الفقراء، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء. ومنهم من ذهب إلى عدم صحته لأنه جمع بين من يصح الوقف عليه وبين من لا يصح الوقف عليه فأشبه تفريق الصفقة[1].

وجاء في المغني لابن قدامة:

إذا وقف على من لا يجوز الوقف عليه كأن وقف على كنيسة ثم على مسجد ففي صحته وجهان، قيل لا يصح بالنسبة للاثنين، وقيل يصح على المسجد دون الكنيسة، وللشافعي فيه أيضًا قولان كالوجهين، فإذا قلنا يصح وهو قول القاضي صرف الريع في الحال إلى من يجوز الوقف عليه وهو المسجد، إذ صار ذكر الجهة الأخرى لغوًا من القول، وإن جعل استحقاقها متقدمًا. ومن الحنابلة من يرى أن الريع يصرف إلى الفقراء حتى تنقرض تلك الجهة التي لا يصح الوقف عليها أو تنقطع إذا كانت مما يتصور فيها

(١) المغني، ج٦، ص ٢١٨، ٢٤٠.

ذلك ثم يصرف بعد ذلك إلى الجهة الأخرى وهي المسجد إذا ما جعل استحقاق تلك الجهة المحظورة متقدمًا عليه؛ لأن الواقف إنما جعله وقفًا على من يصح الوقف عليه بعد انقراض الجهة الأخرى فلا يثبت بدونه. وعلى خلاف ذلك ما لا يتوقع انقراضه، فإنه في هذه الحال يصرف في الحال إلى الجهة التي يصح الوقف عليها.

وكذلك إذا شرط في وقفه شرطًا محظورًا فإن الشرط يبطل ويصح الوقف إذا كان للوقف مصرف معتبر شرعًا بعد إبطال ذلك الشرط، كأن وقف على فلان بشرط ألا يتزوج، أو بشرط أن يرتد نصرانيًا فإن الوقف يصح ويبطل الشرط عند الحنابلة، وبه أخذ قانون الوقف ٤٨ لسنة ١٩٤٦م. ومن الفقهاء من يصحح الشرط بناء على أنه جعل الاستحقاق عند تحقق هذا الشرط فإذا لم يتحقق لم يستحق لعدم تحقق سبب الاستحقاق إذ لا يقدح في سببيته بعد أن جعل سببًا كونه محظورًا ما دام أن الاستحقاق الباعث على الالتزام غير محظور، وإلى هذا ذهب الحنفية.

ومن هذا يرى أن رأي الفقهاء في الالتزام الانفرادي كرأيهم في العقد على الجملة ينشأ بين طرفين بالنسبة إلى الباعث، غير أنه يلاحظ أن ما أشاروا إليه في العقد من وجوب علم الطرف الآخر بالباعث على الوضع الذي سبق بيانه لا يشترط أو لا يتصور اشتراطه في الالتزام الانفرادي، لأنه إنما يكون من طرف واحد، وليس له طرف آخر تتوقف عليه نشأته؛ ولكن يلاحظ مع ذلك أن هذا الالتزام إذا ما كان موجهًا إلى شخص معلوم لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم بذلك الباعث وإن لم يكن عالمًا به فعلاً كما قدمنا، وذلك بناء على ما يصاحب هذا الالتزام من ظروف وملابسات كالإهداء من عامل إلى أمير أو من مقترض إلى مقرضه بدون سابقة عادة بذلك. كما يرى أن المالكية لم يخالفوا الحنابلة في إبطال الالتزام الانفرادي إذا كان الباعث عليه محظورًا وإن لم يكن في العبارة ما يدل عليه وذلك على خلاف رأيهم في العقد لأنهم رأوا أن موضوع الالتزام في هذه الحال يتبع الباعث عليه في الحظر فيكون كذلك محظورًا والالتزام بالمحظور باطل.

مجال الالتزام الانفرادي:

ذكرنا فيما مضى أن الاعتداد بالإرادة المنفردة واعتبارها مصدرًا للالتزام مبدأ قام عليه الفقه الإسلامي منذ نشأ، وأن هذا المبدأ لم يعرفه أو لم يقره الفقه الغربي إلا في عصوره المتأخرة. ولم يكن إقراره إياه ابتداء إلا في بيئة خاصة، ولم يكن هذا التطور مع ذلك إقرارًا إجماعيًا بين علمائه كما حدث في الفقه الإسلامي منذ البداية، ولذا كان مجاله في الفقه الغربي مجالاً ضيقًا محدودًا على ما بينا، وإن كانت حدوده تختلف ضيقًا وسعة باختلاف آراء من أقره من رجال التشريع الغربي.

وعلى الجملة فقد انتهت أكثر القوانين إلى أن جعلت الإرادة المنفردة مصدرًا للالتزام في حالات خاصة محدودة، وهي حالات الإيجاب الملزم، وإنشاء المؤسسات، وتطهير العقار المرهون رهنًا رسميًا، والوعد بجائزة، وإصدار سند لحامله والوصية، والإجازة أو الإقرار، وإنهاء الالتزامات التعاقدية إذا كانت غير محدودة المدة كما في عقد العمل وعقد الوكالة. وهذا ما ستتكلم عليه تفصيلاً فيما يأتي.

أما مجالها في الفقه الإسلامي فهو أوسع من ذلك وأشمل وإن اختلفت سعته باختلاف المذاهب، فمجال سلطان الإرادة المنفردة في المذهب المالكي أوسع منه عند غير المالكية من الفقهاء إذ يعتد بها المالكية في كثير من الحالات التي لا يرى غيرهم الاعتداد بها فيها، فهم يجعلون الإرادة المنفردة مصدرًا للالتزام في أحوال التبرع جميعها، وكثير منهم يلزمون المتبرع بما تبرع به، حتى إنهم ليلزمون الواعد بما يعد به غيره من دفع مال إليه أو إقراضه مبلغًا من المال على تفصيل في ذلك وخلاف فيه بينهم سنعرض له فيما يأتي، والشيعة الجعفرية في هذا أقرب إليهم من غيرهم.

أما غيرهم فلا يجعلون التبرع ملزمًا للمتبرع إذ يكون له حق الرجوع فيه، ولا يمنع من هذا الحق إلا في أحوال خاصة سيأتي بيانها.

وعلى الجملة يرى أن الفقه الإسلامي جعل الإرادة مصدرًا للالتزام بالإسقاط كما في إسقاط حق الشفعة وإسقاط حق الخيار وإسقاط الحقوق الشخصية بما فيها الديون وإسقاط الملكية كما في الوقف والعتق والتنازل عن الملكية عند بعض الفقهاء

أو عن حقوق الارتفاق، كما يعتبرها مصدرًا للالتزام في غير هذه الحالات مثل النذر والكفالة والحوالة في بعض أحوالها واليمين والطلاق والإجازة والرجعة والتفويض في الطلاق وغير ذلك مما سنبينه ونبين ما فيه من اختلاف فيما يأتي.

ومما يلاحظ مع هذا أن الالتزام الذي ينشأ بالإرادة المنفردة التزام لا يقبل الفسخ ولا الرجوع فيه من الملتزم في الفقه الغربي، إذ الالتزام في نظره لا يكون إلا باتًّا لا يقبل رجوعًا ولا فسخًا من صاحبه. أما ما كان قابلاً لذلك فلا يعد التزامًا في نظره.

أما الالتزام في الفقه الإسلامي فلا يراد به إلا إيجاب الإنسان على نفسه عمل شيء أو إتيان معروف أو الكف عن عمل أو التنازل عن حق، سواء كان ذلك أمرًا باتًّا لا يملك الملتزم أن يعدل عنه، أم غير بات بحيث يصح له الرجوع فيه، فالهبة والوصية كلاهما ضرب من الالتزام بهذا المعنى فيصح للملتزم بهما أن يعدل عن الوصية وأن يرجع في هبته في بعض الأحوال، وكذلك كل من العارية والرهن والجعالة على تفصيل في ذلك واختلاف فيه.

أما النذر والكفالة والحوالة والعتق والإبراء وغيره من الإسقاطات فهي التزامات لا يملك الملتزم بها أن يرجع فيها على ما سنبين ذلك فيما يأتي عند كلامنا عليها.

ومما تقدم نستطيع أن نقرر أن كثيرًا من المالكية يعتبرون الإرادة المنفردة على الجملة مصدرًا عامًّا للالتزام في الأموال وإسقاط الحقوق. أما غيرهم من الفقهاء فلا يعتبرونها مصدرًا للالتزام إلا فيما نص عليه الشارع، وعلى ذلك يكون هذا المذهب متفقًا في المبدأ مع ما جرى عليه التشريع والقضاء حديثًا، وإن اختلف معه في التطبيق والتفريع.

الوجود الشرعي للالتزام الانفرادي وترتب أثره عليه:

للالتزام الانفرادي في الفقه الإسلامي أنواع مختلفة وضروب متعددة، فمنه ما يكون الغرض منه تمليك مال أو تمليك منفعة عين من الأعيان كما في الوصية أو تمليك حق كما في التفويض في الطلاق أو حبس عين لدى الدائن كما في الرهن. ومنه ما يكون الغرض منه إنهاء عقد وذلك في قيام أحد العاقدين بإنهاء عقد غير لازم. وقد يكون

الغرض منه إنفاذ عقد وإمضاءه كما في إجازة العقد الموقوف. وقد يكون الغرض منه إسقاط حق كما في إسقاط حق الشفعة وهكذا تتعدد آثاره وتتنوع موضوعاته.

ولقد ذكرنا فيما سبق أن الإرادة المضمرة في النفس التي لم تظهر إلى عالم الوجود لا اعتداد بها في الفقه الإسلامي وليس يترتب عليها أي التزام ولا حق، وأنه يجب لترتب أثرها عليها أن يفصح عنها صاحبها بوسيلة من وسائل الإفصاح التي بيناها فيما سبق، فإذا ظهرت في عالم الوجود بوسيلة من تلك الوسائل فقد انتهت إلى المرحلة التي تعد بداية المراحل التي تتولد فيها آثارها، وهي مراحل ثلاثة: مرحلة الكشف والإظهار، ثم مرحلة العلم بها، ويلي ذلك مرحلة أخرى تابعة لها هي مرحلة القبض والتسليم. وستعلم أن هذه المراحل ليست لكل التزام انفرادي، بل من الالتزام ما يتوقف وجوده وترتب أثره على بعضها دون بعضها الآخر.

هذا وتمام الالتزام الانفرادي إنما يكون بترتب أثره عليه، وذلك بأن يتحقق ما قصده الملتزم من التزامه فتشغل ذمته بما التزم به ويصير ذلك حقًّا للملتزم له، سواء أكان الغرض منه التزام حق أو إسقاط حق من حقوقه.

وليست هذه المراحل جميعها بلازمة لوجود كل نوع من أنواع الالتزام في نظر الشارع كما قدمنا، بل منها ما يكون وجوده الشرعي متوقفًا على تحقيق المرحلة الأولى فقط وهي إظهار الإرادة والكشف عنها بأي وسيلة من وسائل التعبير، فإذا ظهرت الإرادة إلى عالم الوجود بعبارة دالة عليها أو بما يقوم مقامها ترتب عليها أثرها الشرعي، سواء أكان ذلك عن مشهد من غير الملتزم أم كان ذلك في خلوة من خلواته، وسواء أوصل علم ذلك إلى غيره أم لم يصل. وذلك كما الوصية والإيصاء والجعالة عند ابن حبيب المالكي في رواية عن مالك والنذر والرجعة واليمين وإسقاط الحقوق كإسقاط حق الشفعة أو حق من حقوق الارتفاق وكما في العتق وإجازة العقود الموقوفة - فإذا أوصى شخص بوصية فتوفي مصرًّا عليها تم لها وجودها شرعًا وإن لم تكن في حضرة أي شخص آخر، وكذلك إذا أقام وصيًا على تركته أو على أولاده الصغار كما سيأتي بيان ذلك - وكذا الحكم في النذر واليمين والإسقاطات والعتق والكفالة والجعالة

والرجعة على ما في بعض هذه الأنواع من خلاف عند بعض الفقهاء، وكذلك الوقف، فكل ذلك لا يتوقف وجوده الشرعي وترتب أثره عليه على علم الملتزم له فضلاً عن توقفه على علم شخص آخر سواه، على ما في ذلك من خلاف سنبينه عند الكلام على كل منها.

وسنبين أن الملك في الوصية يثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي عند بعض الفقهاء، وأن الجاعل تشغل ذمته بالتزامه وإن كان لا يصير باتًّا لا يقبل رجوعًا عنه إلا بإتمام العمل.

وهكذا يرى أن هذه الأنواع لا يتوقف وجودها شرعًا على علم غير صاحبها بصدورها على ما سيأتي تفصيل القول فيه عند الكلام على كل نوع منها.

ومن هذه الأنواع ما يتوقف وجوده الشرعي على اتصاله بعلم الملتزم له أو من وجه إليه الالتزام وقصد به، وذلك كما في الوعد والعارية والرهن والإيجاب الملزم والفسخ بخيار الشرط والإبراء عند بعضهم والهبة والعمرى والرقبى ونصب الوكيل وعزله والتفويض في الطلاق والحجر على المأذون ورد الإيجاب بالوكالة. فقد جاء في الفتاوى الهندية: الوكيل إذا رد الوكالة ترتد وهذا إذا علم الموكل بالرد، أما إذا لم يعلم فلا ترتد حتى أن من وكل غائبًا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل برده ثم قبل الوكالة صح قبوله وصار وكيلاً. (ج٣، ص ٦٣٩).

ومن المفهوم مع هذا أن يكون اتصال علم الملتزم له بالعبارة الملزمة يراد به بلوغ ذلك إليه مع فهمه لمعناها، أما إذا سمع العبارة من صاحبها دون فهم لمعناها فلا يعد ذلك علماً يترتب عليه وجود الالتزام شرعًا.

كما أشار إلى ذلك صاحب البدائع إذ جاء فيها:

الوكيل إذا كان غائبًا فكتب إليه كتابًا بعزله فبلغه الكتاب وعلم بما فيه انعزل. (ج٦، ص ٣٧).

وأشير في بعض الكتب إلى اشتراط فهم السامع لما وجه إليه من العبارة فيما يشترط فيه السماع أو العلم، إذ السماع بلا فهم لما تدل عليه العبارة ليس إلا سماعًا

لأصوات مهملة في نظر سامعها لا تحدث في نفسه أي أثر من استجابة أو رفض أو شعور بذلك فصارت كأصوات الحيوان والرياح ونحو ذلك.

ومن هذه الأنواع الأخيرة ما يتوقف ترتب أثره عليه على تحقق القبض فيه وذلك كالهبة والعارية والرهن على ما سيأتي بيانه.

ومما تقدم يرى أن من الالتزام الانفرادي ما يظهر أثره بمجرد صدور العبارة الكاشفة عن إرادة صاحبها أو صدور ما يقوم مقامها وذلك كما في العتق والنذر والكفالة والرجعة واليمين وإسقاط بعض الحقوق والطلاق والإجازة ونحو ذلك.

ومنه ما يتوقف ظهور أثره على علم من وجه إليه أو قصد به كما في التوكيل والعزل من الوكالة والإيجاب الملزم والفسخ بخيار الشرط عند بعض الفقهاء. والعدة والتفويض في الطلاق.

ومنه ما لا يترتب عليه أثره إلا بقبض من وجه إليه كما في الهبة والعارية والرهن على ما سيأتي تفصيل القول فيه.

وقد عللوا توقف هذا النوع على القبض بأن هذه التزامات إنا هي من قبيل التبرع والإحسان، فإن الملتزم فيها لا يستوجب بالتزامه شيئًا على الملتزم له في مقابل التزامه فكان له بسبب ذلك الخيرة في أن يمضي في التزامه أو أن يرجع عنه لقوله تعالى: ﴿ ... مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ... (٩١) ﴾ [التوبة]، وإذا كان له الرجوع عنه إذا شاء وجب لاعتباره تامًّا مستقرًّا أن يمضي فيه صاحبه، وذلك إنما يكون بتسليم ما التزم به إلى الملتزم له، وبناء على ذلك يتوف تمامها وظهور أثرها على القبض، ففي الهبة لا يتملك الموهوب له الموهوب إلا بقبضه، وفي العارية لا يتملك المستعير منفعة العين المستعارة إلا إذا قبضها، وفي الرهن لا يكون للمرتهن حق حبس العين المرهونة إلا بعد قبضها على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

وقد خالف في ذلك مالك وأهل الظاهر وبعض الشيعة الجعفرية فذهبوا إلى أن التزام الملتزم ينشأ بصدور العبارة الدالة عليه فيلزم به ولا يملك العدول عنه ويكون

للملتزم له إجباره على المضي في التزامه والوفاء به، وذلك لقوله تعالى: ﴿ ...وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ ﴾ [الإسراء]، وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ ... ﴿١﴾ ﴾ [المائدة]، وهذا إجمال سيتلوه تفصيل وبيان عند كلامنا على كل نوع من هذه الأنواع.

اشتراط القبول أو القبض في بعض التصرفات الانفرادية:

هذا، وفي رأيي أن اشتراط القبول في بعض هذه الالتزامات واشتراط القبض لتمام بعضها الآخر وترتب آثارها عليها لا يخل بابتنائها على الإرادة المنفردة، ذلك بأن اشتراط القبول أو القبض ليس لنشأة الالتزام ووجوده، وإنما هو اشتراط لثبوت الحق الناشئ عن الالتزام للملتزم له، إذ لا يجوز أن يثبت لإنسان حق على الرغم منه بإرادة غيره، في حين أن ليس لغيره سلطان عليه ولا ولاية، إذ إن ذلك يتنافى مع حريته واختياره وولايته على نفسه: ولا يناقض هذا المبدأ أن الوارث يتملك بالوراثة عن غير رغبة منه، لأن ملك الوراثة يعتبر امتدادًا لملك المورث، إذ إنه خليفته، وقد ثبتت له هذه الخلافة بولاية الشارع الذي له الولاية العامة على الناس أجمعين.

وإذن فما الوضع بعد صدور عبارة الملتزم وقبل القبول أو القبض؟ أتشغل ذمة الملتزم أم لا؟ وكيف يتصور وجود التزام دون ثبوت حقوقه للملتزم له؟.

ولإيضاح ذلك نقرر أن من هذه الالتزامات ما يتوقف تمامه وترتب أثره على القبول فقط وذلك كما في الكفالة عند الحنفية والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر، إذ لا تتم بإيجاب الكفيل وحده بل يجب لتمامها عندهم قبول المكفول له، وكما في الوصية في بعض أحوالها عند جمهور الفقهاء، وذلك عندما تكون وصية لمعين، وكما في الإبراء من الدين عند المالكية إذ يجب لتمامه عندهم قبول المدين، أما قبل القبول فلا يترتب عليها أثر.

ومنها ما يتوقف تمامه وظهور أثره على القبض وإن تقدمه قبول للإيجاب، وذلك كما في الهبة والعارية والرهن، فليس يثبت ملك للموهوب له ولا للمستعير ولا للمرتهن في حبس الرهن قبل القبض خلافًا للمالكية على ما سيأتي بيانه.

ويرى الفقه الغربي فيما تم اصطلاحه عليه أن أي التزام يتوقف تمامه وظهور أثره على القبول لا يعد مما يتم وينشأ بالإرادة المنفردة، إذ ليس ينشأ بالإرادة المنفردة في اصطلاح هذا الفقه إلا ما يتم بإرادة الملتزم، أي بإيجاب منه فقط دون توقف على إرادة غيره وقبوله، وعلى ذلك يرى أن جميع الالتزامات التي لا تتم إلا بإيجاب وقبول تعد من العقود في نظره.

أما الفقه الإسلامي فإنه كما علمت قد قام على أن من العقود ما يتم بالإيجاب والقبول فقط كالبيع والإجارة والصلح والكفالة عند بعض الفقهاء وغيرها، ومنها ما لا يتم إلا إذا انضم إلى ذلك القبض كالهبة والرهن والعارية، ومنها ما يتم بالإيجاب وحده ولا يتوقف تمامه على قبول ولا قبض كالوقف والوصية في بعض أحوالها، وكان هذا الوضع في ظاهره مسوغًا لأن يرى الناظر فيه أن اتجاهه هذا يماثل اتجاه الفقه الغربي في بيان ما يسمى من الالتزام عقدًا لا يتم إلا من جانبين، وما يعد منه ناشئًا بالإرادة المنفردة فيتم بها وحدها دون توقف على قبول من أحد، وعلى ذلك يتفق الفقهان على أن ما لا يتم إلا بإيجاب وقبول من الطرفين يعد من العقود ذات الإرادتين، وعلى أن ما يتم بإيجاب الموجب وحده دون توقف على قبول من أحد يعد من الإرادة المنفردة، ومن ذلك لا يكاد يوجد فرق بين الفقهين إلا في التزام يرى الفقه الغربي أنه يجب فيه أن يتم بين طرفين ككفالة الدين، ويرى الفقه الإسلامي أنه يتم من جانب واحد على ما عليه الجمهور.

غير أننا نرى عند النظرة الفاحصة المستوعبة أن فقهاءنا لم يتفقوا على ما يتوقف وجوده وتمامه على الإيجاب والقبول، وعلى ما يتم وينشأ بالإيجاب وحده، بل اختلفوا في ذلك، فاختلفوا في الكفالة أتتم بالإيجاب وحده؟ وذلك ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية، أم لا تتم إلا بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له وذلك ما ذهب إليه الحنفية والشيعة الجعفرية وأهل الظاهر. واختلفوا في الوصية، فمن الفقهاء من ذهب إلى أنها تتم بإيجاب الموصي وحده ويظهر أثرها بمجرد موته مصرًّا عليها، ومن هؤلاء زفر وبعض المالكية وبعض الشافعية، ومن الفقهاء من ذهب إلى أنها لا تتم ولا تترتب عليها أثرها إلا بقبول الموصى له بعد وفاة

الموصي، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء، بينما يرى أنهم جميعًا قد اتفقوا على أنها تتم بإيجاب الموصي وحده إذا توفي مصرًّا عليها وكانت لجهة بر كالفقراء.

كما نرى أنهم بنوا خلافهم هذا على نظرهم إلى الالتزام وأنه إذا كان في خالص حق الملتزم وجب أن يستبد به وحده ولا يتوقف تمامه على رضا غيره، وقالوا إن ذلك متحقق ومتوفر في الموصي وفي الكفيل، فكلاهما يلتزم في حق نفسه خاصة، فيجب أن يتم التزامه بمجرد إيجابه؛ لأن التزام الكفيل في ذمته وهي له، والتزام الموصي في ماله وهو له خاصة، وبناء على هذا النظر وجب أن يتم كل من الكفالة والوصية وما ماثلهما في ذلك بإيجاب الملتزم إلى هذا نظر بعضهم.

ونظر آخرون مع هذا النظر وعدم معارضتهم في أساسه فلاحظوا أن هذا الالتزام وإن كان من جانب واحد فيما هو خالص حقه إلا أنه يستتبع تمليكًا للجانب الآخر فالكفالة تستتبع تمليك المكفول له حقًّا يشغل ذمة الكفيل هو حق الدين أو حق القيام بوفائه على حسب خلافهم في أثر الكفالة، والوصية تستتبع تمليك الموصى له ما أوصي به له.

ولا يملك الإنسان أن يدخل في ملك غيره شيئًا من غير رضاه، فوجب لذلك قبوله ليتحقق رضاه بما يستتبعه هذا الالتزام من تمليك، ولذا إذا لم يترتب على الإيجاب أي نوع من التمليك، كما في الوصية للفقراء أو في سبيل الله لم تتوقف على القبول اتفاقًا.

وإلى هذا يرى أن هذا النظر نفسه أدى إلى اختلاف الحنفية في بيان أركان بعض العقود، ففي الهبة ذهب بعضهم إلى أن ركنها الإيجاب فقط لأنها التزام من جانب واحد هو الواهب في خالص حقه، وليس يرى من جانب الموهوب له أي التزام، أما قبول الموهوب له فشرط كما أن القبض فيها كذلك، ومن هذا ما نقل عن المقدسي من أن الهبة عقد تبرع فتتم بالمتبرع بخلاف البيع[1].

---

(١) أبو السعود، ج٣، ص٢١٦.

وذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى أن الهبة يتحقق وجودها الشرعي بمجرد الإيجاب وحده من الواهب، لأن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب واحد وهو الواهب المالك وذلك يتم بإرادته وحده. وقد ظهرت إرادته بإيجابه. وأما القبول فهو شرط لثبوت الملك للموهوب له وليس شرطًا لوجود نفس الهبة.

وذهب مالك إلى أنها توجد وتنشأ بالإيجاب وحده فمتى صدر كان لها إثر صدوره وجود شرعي ولزم الواهب ما أوجبه على نفسه على المشهور من مذهبه سواء علم الموهوب له بالإيجاب أم لا.

وذهب آخرون إلى أن ركنها الإيجاب والقبول لتوقف ظهور أثرها عليها وأن القبض فيها ليس إلا شرطًا لثبوت الملك.

وكذلك الحال في الرهن فمنهم من ذهب إلى أن ركنه إيجاب الراهن فقط، وما عدا ذلك شرط. ففي حاشية الشلبي على تبيين الحقائق نقلاً عن قارئ الهداية في أول كتاب الرهن أن ركنه الإيجاب وحده، لأنه عقد تبرع فيتم به وحده كالهبة والصدقة، وجاء مثل ذلك في حاشية أبي السعود علي ملا مسكين[1].

ومنهم من ذهب إلى أن ركنه الإيجاب والقبول، وأما القبض فشرط تمام هذا الالتزام.

وإلى هذا نرى كذلك أن المالكية يذهبون إلى أن إيجاب المقرض في القرض كاف في تمامه وإلزام المقرض بدفع المال إلى المقترض إذا طلبه، إذ إن طلبه يقوم مقام القبول. وقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير[2]، والحاصل أن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة يلزم بالقول ويصير مالاً من أموال المعطَى (بالفتح) بمجرد القول ويقضى له به إلا أن القرض يتم ملكه بالعقد وإن لم يقبض. وقد نص بعض المالكية على أن من وعد غيره بإعطاء مال لزمه ذلك وألزم به

(١) انظر حاشية أبي السعود علي ملا مسكين، ج٣، ص٤٣٥.
(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٣، ص٢٢٧.

قضاء، وعبارة الدسوقي المذكورة في نهايتها ما يدل على أن القرض لا يتم الملك فيه إلا بإيجاب وقبول وأن ذلك هو المراد بالقول في هذه العبارة، وعلى ذلك فلا يتوقف الملك فيه على الحيازة والقبض.

وذهب الحنفية إلى أن من قال: من تناول من مالي شيئًا فهو له فتناوله رجل من غير أن يعلم كان له إلى غير ذلك من الفروع التي جاءت في البحر في أول كتاب الهبة، وقد سبق أن استظهرنا أن مبنى ذلك هو سقوط حق الملكية بهذا القول وأن من يتناوله يملكه بالاستيلاء عليه لا بتمليك من مالكه إذ إن ذلك لا يكون إلا عقدًا، والعقد لا ينشأ مع مجهول، ولابد فيه كذلك من اتحاد المجلس وكل هذا غير متوفر.

من هذا البيان يتضح لنا أن فقهاء الشريعة حين عرضوا للعقود وبيانها وجدوا أن منها ما يتكون من التزامين متقابلين جعل كل منهما مرتبطًا ومعلقًا وجوده على الآخر على وضع لا يتحقق لأحدهما وجود قبل وجود الآخر، وإنما يوجدان معًا فينشأ العقد بوجودهما، وذلك كما في عقود المعاوضات على العموم، وأن منها ما لا يحوي إلا التزامًا من جانب واحد لا يقابله التزام من جانب آخر، ووجدوا أن من هذا النوع ما يستوجب إثبات حق لغير الملتزم دون تكليف له بشيء، ومنه ما لا يستوجب ذلك. فمن النوع الأول الهبة والعارية والوصية لمعين في بعض أحوالها والرهن، فالهبة تستوجب إثبات ملك العين الموهوبة للموهوب له، والعارية تستوجب إثبات ملك منفعة العين المعارة للمستعير، والوصية تستوجب إثبات تلك العين الموصى بها للموصى له، وذلك نتيجة تبعية للالتزام الصادر من الملتزم أو أثر يترتب عليه.

ومن النوع الثاني الوصية للفقراء والإبراء والجعالة إذا لم يخاطب بها معين والوقف في سبيل الخير، فليس يترتب على هذا الالتزام إثبات حق إيجابي لمعين.

وانبنى على ذلك أن النوع الأول من هذين النوعين قد استقل به أحد طرفيه وهو الملتزم بالنظر إلى جانب الالتزام فيه لأنه يخصه دون غيره فكان منوطًا بإرادته وحدها، أما بالنظر إلى ناحية الأثر الذي يثبت للطرف الآخر بناء على هذا الالتزام ومترتبًا عليه فإنه يرى أن الملتزم بالتزامه جعله من خصائص ذلك الطرف وقد خلى

بينه وبينه وثبت له حق قبوله فإن شاء قبله وإن شاء لم يقبله، إذ لا يكون حقًّا له رغم أنفه بمجرد إرادة الملتزم، إنما يملك الملتزم أن يجعله من خصائصه ورهن إرادته وذلك بتخليه عن حقوقه فيه بالنسبة له فقط، ولكن لا يملك إدخاله فيما يملك فعلاً، وعلى ذلك يرى أن القبول لم يطلب لإنشاء الالتزام وتحقيقه وإنما طلب لتقبل أثره المعروف المترتب عليه بإرادة الملتزم.

كما انبنى على ذلك أن النوع الثاني قد استقل به كذلك أحد طرفيه وهو الملتزم دون أن يكون من آثاره ما استوجب قبولاً له من أحد.

ويوضح لك ذلك ما ذكره الحنفية في عقد الوديعة إذ قالوا فيه إن الإيجاب إنما لزم من المودع في حق تسليط يد الوديع واعتباره أمينًا حافظًا، والقبول إنما وجب في حق التزام الوديع بالحفظ؛ ولذلك إذا قال المغصوب منه للغاصب أودعتك ما غصبته مني بريء من الضمان وإن لم يصدر قبول من الغاصب؛ ذلك لأن صيرورة المال أمانة إنما يتم بتسليط صاحب الملك فيه وهو حكم يخص صاحب المال لا غيره فيثبت بإيجابه وحده. أما وجوب الحفظ فتكليف يلزم المودع به فلابد من قبوله[1].

فأنت ترى من هذا أن الإيداع أو تسليط الوديع يستقل به المودع، أما القبول فقد وجب لشيء آخر تابع لذلك هو وجوب الحفظ على الوديع.

ومما يوضح ذلك أيضًا ما قاله الحنفية في الوقف على معين من أنه يتم بالإيجاب وحده، ولكن استحقاق المعين للريع وهو الأثر لا يثبت له إلا بقبوله صراحة أو دلالة وذلك بعدم رده، ولذلك لم يشترط الحنفية في إذن المالك لغيره بأن ينتفع على طريق الإباحة قبولاً لأنه لا يترتب عليه إلا مجرد إباحة، وذلك برفع المانع من جهة المبيح، أما الانتفاع فيكون بإقدام المباح عليه حيث لا مانع يمنعه من ذلك بعد الإباحة وله حينئذ أن ينتفع وألا ينتفع، واشترطوا القبول في العارية لأنها تفيد ملك المنفعة فكان لابد من قبوله، في حين أنه لا يكاد يوجد فرق في انتفاع المنتفع بنفسه في الحالين وإن

(١) الاختيار، ج٢، ص٨٨.

فرق بعض الفقهاء بين الحالين بجواز الإعارة من المستعير لغيره وعدم جوازها من المباح له.

وبناءً على ذلك يرى أن فقهاء الشريعة فرقوا بين حالين في العقود: حال يكون العقد فيها مكونًا من التزامين وفي هذه الحال لا ينشأ العقد إلا بإرادتين، وحال يكون العقد فيها قائمًا على إرادة واحدة تتمثل في الإيجاب الصادر من الملتزم سواء أكان من نتائجه ما استتبع قبول الطرف الآخر أم لم يكن. وهذه ما يصح بناؤها وردها إلى الإرادة المنفردة نظرًا إلى ناحية الالتزام.

وبناء على ذلك تكون العقود القائمة على الإرادة المنفردة نوعين: نوع يتضمن قبولاً، ونوع آخر لا يتضمن قبولاً، وليس ما يمنع من هذا التقرير والنظر في الفقه الإسلامي وإن خالف اصطلاح الفقه الوضعي. وفي هذين الحالين ينشأ الالتزام بعبارة الملتزم وتشغل الذمة به، ومن مظاهر شغلها توجه المطالبة بالتنفيذ بعد قبول الحق ممن أريد له وطلبه إياه، وذلك فيما يحتاج إلى القبول، كما في الوصية، أو بعد المطالبة به ممن له حق ذلك فيما لا يحتاج إلى القبول، كما في الكفالة أو الوقف - وليس ما يمنع من شغل ذمة بالتزام دون ثبوت حق فيه لشخص معين كما في الوقف على الفقراء والوصية للفقراء.

ذلك ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في بيان ما يتحقق به الالتزام الانفرادي وإن شئت قلت التصرف الانفرادي على الوضع الذي شرحناه وهو الوضع المتسق مع نظرهم الذي أشرنا إليه آنفًا، وليس يضير أن يكون ذلك مخالفًا لما استقر عليه الاصطلاح في الفقه الغربي من أن الإرادة المنفردة لا تطلق إلا حيث لا يتوقف الالتزام على قبول من أحد، أما ما يتوقف على القبول فيعد عقدًا من العقود.

ما يتحقق به وجود الالتزام الانفرادي في الفقه الغربي:

أشرنا فيما مضى إلى ما يتحقق به الوجود الشرعي للالتزام الانفرادي في الفقه الإسلامي. أما الفقه الغربي فإنه يفرق بين نوعين من التصرف الانفرادي - أحدهما

ما يترتب عليه إنشاء التزام في ذمة صاحب التعبير يكون محلًّا للمطالبة به، وثانيهما ما لا يترتب عليه التزام في ذمة صاحب التعبير يكون محلًّا لمطالبة غيره، وذلك كما في الإسقاطات.

ففي النوع الأول يرى بين رجال القانون اختلاف في بيان الضابط الذي ينتظم الالتزامات التي يجب لوجودها وترتب أثرها عليها أن تعلن لمن وجهت إليه وما لا يجب لوجودها ذلك بل يترتب عليها أثرها بمجرد صدور العبارة المنشئة لها. فمنهم من يرى في ذلك وجوب الرجوع إلى نصوص القانون فهو الذي يوجب الإعلام في التعبير عندما يرى أن مقتضيات التعامل تستوجب ذلك.

غير أنه يلاحظ على هذا المعيار أو الضابط أن القانون لا يستطيع أن يحصر جميع الحالات وأن يبين لكل حالة حكمها.

ومنهم من يرى أنه كلما كان من الجائز بالنسبة لتصرف أن يكون التعبير عنه ضمنيًّا أمكن اعتباره من التصرفات التي لا يجب فيها إلا الإعلام وكان من الواجب إعلامه.

ولكن ينقض هذا المعيار أن القبول وهو ما يصح أن يكون ضمنيًّا يجب فيه الإعلام قانونًا فلا يترتب عليه أثره إلا إذا علم به الموجب.

ومنهم من ذهب إلى أنه كلما كان المقصود بالتعبير شخصًا معينًا لا يحل غيره محله كان من الواجب الإعلام وإلا لا، وقد نقض هذا بأن الإيجاب الموجه للجمهور يكون بناء على ذلك غير واجب الإعلام، في حين أنه واجب إعلانه، لأنه تعبير تعاقدي، والتعبيرات التعاقدية واجب إعلامها.

ومنهم من ذهب إلى مراعاة الغرض الذي يؤديه التعبير، فإن كان هو الإخبار كالإعلان باستعمال الخيار، ففي هذه الحال يجب الإعلام وكذلك إذا ترتب على التعبير المساس بحق الغير، كما في إنهاء العقد بإرادة أحد طرفيه، إذ ينتهي العقد بذلك دون



توقف على إرادة الآخر، فإنه يجب في ذلك الإعلام أيضًا حتى لا يضار العاقد الآخر بعدم علمه واعتماده على بقاء العقد. وأما إذا لم يكن الغرض منه أحد هذين الأمرين فلا يكون إعلامه واجبًا.

ولكن ينقض هذا أيضًا النزول عن بعض الحقوق الشخصية فإنه يقتضي ألا يكون الإعلام واجبًا فيه، في حين أن القانون قد يقضي بوجوب إعلامه إذ نص في القانون المدني على أن الإبراء إنما يتم بوصوله إلى علم المدين (م ٣٧١ مدني).

أما النوع الثاني - وهو ما ينشئ التزامًا في ذمة صاحب التعبير - ويتناول الوصية وإنشاء المؤسسات والإيجاب الملزم والوعد بجائزة فهو غير واجب الإعلام في إنشاء المؤسسة والوعد بجائزة، وواجب الإعلام في الوصية والإيجاب الملزم على ما سيأتي بيانه[1]، وذلك بحسب ما يقضي به القانون.

الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة:

ذكرنا فيما تقدم أن مجال الإرادة المنفردة وظهور سلطانها في الفقه الإسلامي أوسع منه في الفقه الغربي، وأن هذا المجال محدود مع ذلك في الفقهين، وأنها لذلك لا تعد فيهما على ما انتهى إليه القضاء والتشريع الحديث مصدرًا عامًّا في الالتزام على وجه العموم، وإنما تعد مصدرًا فيما نص عليه في الشريعة بالنسبة إلى الفقه الإسلامي، وفيما نص عليه القانون في الفقه الغربي، وذلك يختلف كما لا يخفى باختلاف القوانين، كما ذكرنا أن اعتداد بعض المالكية بالإرادة المنفردة في مجال الالتزام بالمال اعتداد شامل لا تقيده قيود على ما ذهب إليه بعض المالكية، ولذا أمكن أن تعد مصدرًا عامًّا في ذلك عند من ذهب إلى هذا من المالكية.

وعلى ذلك نستطيع أن نقسم الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي إلى قسمين:

قسم يراد به التمليك سواء أكان تمليك عين أم منفعة عين من الأعيان أم حق من الحقوق.

---

(١) راجع النظرية العامة للالتزام، للدكتور عبد الحي حجازي، ص ٥٧٤ - ٥٨٦، ج١.

وقسم لا يراد به التمليك وهو نوعان: نوع يترتب عليه شغل ذمة الملتزم، ونوع لا يترتب عليه شغل ذمته كالإسقاطات.

أما في الفقه الغربي فلا يتناول الالتزام الانفرادي فيه إلا الأحوال الآتية:

الإيجاب الملزم - إنشاء المؤسسات - تطهير العقار المرهون - الوعد بجائزة - إصدار سند لحامله - ويضاف إلى ذلك الوصية - والإجازة - وإنهاء الالتزام.

وتطبيقًا لما تقدم نبدأ بالكلام على الالتزام الذي يراد به التمليك ثم نتبع ذلك بالكلام على ما لا يراد به التمليك:

أولاً: الالتزام الذي يراد به التمليك من المتصرف

يتناول ما يأتي: الوصية - الوقف - الجعالة - الهبة - العمرى - و\الرقبى - التزام المعروف "العدة" - العارية - اليمين والنذر - الرهن - السند لحامله - الكفالة - الحوالة.

وجمهور المشرعين على أن هذا النوع من التصرف الانفرادي لا يلزم صاحبه بمجرد صدور عبارته منه ما عدا الوقف وسحب السند لحامله، ذلك لأن الملتزم به بعد صدور عبارته (أي الإيجاب به) يكون له الخيرة قضاء إن شاء مضى فيه وإن شاء رجع عنه، وعلى ذلك لا يلزمه القاضي بتنفيذه، وإن كانت ذمته شغلت بموجبه ديانة بناء على إيجابه، فإن الشارع قد أمره بالوفاء، وعليه يصح أن نوجه إليه المطالبة بالتنفيذ ديانة قيامًا بواجب الوفاء ومحافظة على عهده وبعدًا عن تأنيب ضميره له.

وهذا نوع من الالتزام يشبه الذي يعرف في الفقه الغربي باسم الالتزام الطبيعي الذي لا يعد في هذا الفقه التزامًا قانونيًا، إذ إن الالتزام القانوني في نظره هو ما يلزم صاحبه قانونًا ويجبر عليه قضاء ولا يملك أن يرجع عنه.

وقد أشرنا فيما مضى إلى أن أساس ما ذهب إليه الجمهور من ذلك هو أن هذا النوع من الالتزام الانفرادي لا يستوجب به صاحبه بدلاً ولا عوضًا قبل غيره، فكان مجرد إحسان وتفضل منه على غيره، والله تعالى يقول: ﴿ ... مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ ... ﴿٩١﴾ ﴾ [التوبة].

ذلك هو المبدأ العام في التبرع أو في الالتزام الانفرادي الذي يراد به التمليك.

وقد استثنى الجمهور من ذلك الوقف وجعلوه لازمًا بمجرد صدور الإيجاب من صاحبه بناء على أنه يستلزم إسقاط ملكية الموقوف وإنهاءها فكان بالنظر إلى هذه الناحية من قبيل الإسقاطات فتسقط به الملكية، وما سقط وتلاشى لا يعود له بعد ذلك وجود. أما ما يترتب عليه من تمليك منفعة الموقوف للموقوف عليه فأثر تبعي ليس هو الأثر المقصود من الإيجاب ابتداء.

وخالف في ذلك أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - فرأى أن المقصد منه تمليك منفعة العين الموقوفة لمن وقفت عليه وكان لذلك كغيره من التبرعات لا يلزم صاحبه بمجرد صدور الإيجاب به بل يكون لصاحبه بعد صدور هذا الإيجاب أن يمضي فيه وألا يمضي فيه عندما يشاء، وكان بسبب ذلك بمنزلة العارية عنده، وسنفصل القول في ذلك عند كلامنا عليه.

وكذلك يرى علماء القانون أن سحب السند لحامله ملزم فلا يملك بعد ذلك عدولاً عن ذلك لأنه قد أثبت لحامله حقًّا بذلك فلا يملك إبطاله.

ويلاحظ أن هذا النوع من الالتزام إذا مضى فيه صاحبه فتم ونفذ فقد يصير بذلك لازمًا غير قابل للفسخ من جهته، وذلك كالوصية والجعالة والرهن والعدة بعد تمامها، وقد يستمر بعد ذلك غير لازم فيكون لصاحبه أن يرجع فيه ما لم يمنع من ذلك مانع كما في الهبة، والعمرى، وكما في الوقف عند أبي حنيفة - وقد تتم بالمضي فيه وإنفاذه جميع آثاره المقصودة منه فلا يبقى محلا للرجوع فيه كالعارية والرقبى وإنما يكون العدول عنه حينئذ إنهاء له، وسنفصل القول في ذلك عند كلامنا على هذه الالتزامات.

هذا هو المبدأ العام في هذا النوع من الالتزام الانفرادي عند الجمهور وخالف فيه مالك ومن رأى رأيه فذهبوا إلى أن التبرع يلزم صاحبه بمجرد صدور عبارته فيلزم قضاء بالمضي فيه على تفصيل في ذلك يأتي بيانه، وذلك لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ... ١ ﴾ [المائدة]، وذلك فيما عدا الوصية والجعالة. وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق والآن نشرع في بيان أحكام هذا النوع بالتفصيل.

(١) الوصية

اختلف الفقهاء في تعريفها اختلافًا يرجع إلى العبارة والأسلوب أكثر مما يرجع إلى تحديد معناها، وخير تعريف لها ما عرفت به في قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م، إذ عرفت بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت م ٢/ ١ - غير أن هذا التعريف لا يتناول فيما يبدو الوصية بتعيين وصي وهي ما عرفت باسم الإيصاء، ولذا فقد يكون تعريفها بأنها تصرف يستوجب في التركة ابتداء حقًّا بعد الوفاة أشمل من ذلك التعريف.

وللوصية حالات عديدة فمنها ما يكون وصية بتمليك عين كما إذا أوصى إنسان لآخر بهذه الدار، ومنها ما يكون وصية بتمليك منفعة كما إذا أوصى لآخر بسكناها، ومنها ما يكون وصية بدين كما إذا أوصى له بدينه الذي في ذمته أو بما له من دين قبل فلان، وقد تكون وصية بإسقاط حق كالوصية ببراءة فلان من دينه أو بالتنازل عن حق ارتفاق أو عن الكفالة، وقد تكون وصية بإنفاق كالوصية بمال يتصدق به أو يعمر به مسجد، وقد تكون وصية بوفاء دين من مال معين، وقد تكون وصية بإجراء عقد كالوصية بوقف أرض على جهة كذا أو بإجارة الدار التي بجهة كذا لفلان مدة كذا بأجرة كذا، وقد تكون وصية بقسمة تركة الموصي بين ورثته على وضع معين، وقد تكون وصية بتأجيل ما على فلان من الدين مدة كذا، وقد تكون وصية بتعيين فلان وصيًّا على التركة أو على أولاده وذلك ما يسمى إيصاء في عرف المؤلفين، وفيه يتعدى الفعل "أوصى" بحرف الجر "إلى" فيقال أوصى إلى فلان أي جعله وصيًّا، أما الإيصاء بالمال فيعدى باللام، فيقال أوصى لفلان بكذا وذلك في عرفهم، أما في اللغة فلا فرق بين الفعلين في المعنى والدلالة.

والوصية في جميع هذه الصور تستوجب في التركة ابتداء حقًّا بعد وفاة صاحبها فلا يثبت بها حق قبل وفاته في ماله، وإنما يبتدئ ثبوته بعد الوفاة في تركته، وعلى ذلك فالتبرعات المنجزة في مرض الموت لا تعد وصية وإن أعطيت حكمها من ناحية نفاذها في ثلث التركة فقط بعد الوفاة.

والإيصاء إلى فلان بإقامته وصيًا يستوجب في التركة حقًا بعد الوفاة هو ولايته عليها ونفاذ تصرفه فيها.

والمراد بالتركة كل ما يخلف الوارث فيه مورثه، وهو يشمل ما يتركه المورث من أموال أو منافع أو حق من الحقوق المالية التي تنتقل بالوراثة.

والوصية على الجملة كما يدل عليها تعريفها تبرع مضاف إلى ما بعد وفاة المتبرع فلا يترتب عليها أثرها وهو ثبوت الحق الملتزم به في التركة أو ثبوت الملك للموصى له إن كان من أهل الملك إلا بعد الموت، وهذا لا خلاف فيه، وإنما الخلاف بين الفقهاء في أنها هل تتم ويترتب عليها أثرها بعد موت الموصي بعبارته وحدها دون أن يتوقف ذلك على شيء آخر من قبول يصدر من الموصى له أو ممن له الولاية عليه من تحقق اليأس من ردها منه، أو لا يترتب عليها أثرها إلا إذا قبلها الموصى له أو تحقق اليأس من رده إياها؟.

وخلاصة القول في ذلك أن للفقهاء في ذلك مذهبين:

المذهب الأول: أن الوصية تتم بإيجاب الموصي المضاف إلى الموت ويترتب عليها أثرها إثر الوفاة بمجرد عبارته، فيثبت الملك بها للموصى له عند موت الموصي إن كان من أهل الملك، أو يثبت بها الحق الملتزم به في التركة عند ذلك دون توقف على شيء آخر في جميع أحوالها، وذلك ما يقضي بأن يكون ركنها هو عبارة الموصي فقط وهي الإيجاب الصادر منه المضاف إلى ما بعد وفاته - وعلى ذلك تكون الوصية التزامًا مضافًا إلى ما بعد الموت مصدره الإرادة المنفردة، وأصحاب هذا المذهب فريقان:

١ - فريق يرى أن الملك الثابت بها للموصى له إذا كان الموصى له أهلاً للملك ملك لازم فلا يملك رده بعد ثبوته له عند وفاة الموصي، كما لا يملك أيضًا أن يردها قبل ثبوت الملك له في حال حياة الموصي، فشأنه شأن الوارث لا يملك أن يرد الميراث ولا أن يتنازل عن الوراثة لا حال حياة المورث ولا بعد وفاته، وإلى هذا ذهب زفر في رواية عنه وكذلك بعض المالكية وبعض الشافعية وهو قول لبعض الحنابلة وبعض الإباضية من الخوارج.

٢- وفريق يرى أن الملك الثابت بها حينئذ ملك غير لازم فيكون للموصى له حق رده بعد ثبوته له، وإلى هذا ذهب جمهور الزيدية وهو رأي عند الإباضية، وعلى هذا يستطيع الموصى له بعد وفاة الموصي أن يرد الملك الثابت له بالوصية فيعود ملك الموصى به إلى ورثة الموصي برده.

ويلاحظ أن من ذهب إلى ثبوت الملك بالموت من المالكية يرون أن القبول ممن يتأتى منه القبول إنما هو شرط في وجوب الوصية وتنفيذها في التركة جبرًا، كما هو صريح عبارة الدردير في شرحه الكبير، وبه يظهر ثبوت الملك للموصى له بالموت، فلا ظهور له قبله، كما نص على ذلك الدسوقي تعليقًا على العبارة السابقة، ولهذا فإن الموصى له إذا توفي قبل القبول والرد انتقل حق ردها وقبولها إلى وارثه، فلورثته أن يردوها فتبطل، ولهم أن يقبلوها فتجب، وإذا قبلوها كان الموصى به ملكًا لهم. وقد نصوا على أنه يصير ملكًا لهم ابتداء لا وراثة عن الموصى له، وذلك ما يستوجب عدم ثبوت الملك للموصى له قطعًا وليس ذلك إلا لعدم قبوله وإذن فالوجه أن يقال إن الملك يثبت للموصى له بالموت بشرط قبوله فإذا لم يقبل لم يملك وإذا مات قبل القبول انتقل الحق فيه إلى وارثه.

ويتفرع على هذا المذهب عند الفريقين أن نفقات الموصى به من وقت وفاة الموصي تكون على الموصى له، وأن نماءه ومنافعه وزياداته تكون له؛ لأنه المالك له منذ ذلك الوقت. وإذا توفي إثر وفاة الموصي انتقل الموصى به بالوراثة إلى ورثته لأنه صار من تركته أو بعض ماله منذ توفي الموصي عند غير المالكية، أما عندهم فقد ذكرنا أنه يكون للورثة عندئذ حق قبول الوصية أو ردها فإذا قبلوها كانت لهم وإلا بطلت.

المذهب الثاني: أن الوصية قد تكون لمن يتأتى منه القبول أي لمن له إرادة معتبرة سواء أكانت تلك الإرادة له أو لمن له الولاية عليه، وقد تكون لمن لا يتأتى منه القبول، إما لأنه لا إرادة له متصورة، وإما لأن التعرف على إرادته متعذرة لعدم حصره أو نحو ذلك من الأسباب.

فإن كانت لمن يتأتى منه القبول بأن كانت لمعين محصور ذي إرادة كالوصية لفلان أو لأولاد فلان توقف ثبوت الملك بها على تحقق القبول من الموصى له، وأصحاب هذا الرأي طائفتان:

١ - **الطائفة الأولى:** ترى أن مقتضى ما ذهبوا إليه هو أن يكون القبول ركنًا من أركان الوصية، فلا تنشأ الوصية إلا بالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له. وإلى هذا ذهب بعض المالكية وهو رواية عن الشافعي، ونسبه الكاساني في بدائعه إلى أبي حنيفة وصاحبيه، وهو كذلك قول عند الإباضية من الخوارج.

والقائلون بذلك من المالكية والشافعية والإباضية يرون أن الوصية تبطل بوفاة الموصى له قبل قبوله إياها شأنها شأن أي عقد من عقود التمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، ويبطل بوفاة من وجه إليه الإيجاب قبل قبوله -، كما يرون أن الملك لا يثبت إلا من وقت القبول.

أما الإمام أبو حنيفة وصاحباه فإنهم يرون أن الموصى له إذا توفي بعد وفاة الموصي وقبل أن يقبل الوصية أو يردها تبين بذلك أن الوصية له قد تمت من وقت وفاة الموصي، ويثبت الملك بها للموصى له منذ ذلك الوقت، فيصير الموصى به من أملاكه، ويتوفى الموصى له والموصى به من تركته فتقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ويرثه فيه ورثته. ولا يتفق هذا الحكم مع ما نسبه الكاساني إلى أبي حنيفة وصاحبيه من القول بأن القبول ركن إذا لا يتم العقد ولا تترتب عليه آثاره مع انعدام ركن من أركانه، وإذن فالنتيجة لذلك عند الحنفية أن الوصية تتم بالإيجاب من الموصى بشرط اليأس من ردها.

ويتفرع على هذا الرأي عند من ذهب إليه من المالكية والشافعية والإباضية أن نفقات الموصى به في الفترة بين موت الموصي وقبول الموصى له تجب في التركة كما تعد زوائده ونماؤه في هذه الفترة من التركة، ولا يرى هذا الحنفية كما سيأتي ذلك لخروج الموصى به وثبوت ملك الموصى له من وقت وفاة الموصي وعلى ذلك تكون نفقات الموصى به من وقت موت الموصي على الموصى له كما تكون له زوائده ونماؤه.

٢- **الطائفة الثانية**: ترى هذه الطائفة أن القبول من الموصى له ليس ركنًا ولكنه شرط - وظاهر كلامهم أنه يعد شرط نفاذ، وقد صرح بذلك القهستاني من الحنفية نقلاً عن الخلاصة؛ إذ ذكر أن القبول شرط لا ركن، وهو شرط لثبوت الملك بالوصية لا لصحتها ولا لوجودها. وهؤلاء فريقان:

(أ) فريق يثبت الملك بها إذا تحقق القبول مستندًا إلى وقت الموت، وهو مذهب الحنفية وجمهور الشافعية وجمهور المالكية والحنابلة، فإذا قبل الموصى له الوصية وكان ذلك بعد وفاة الموصي ملك الموصى به ملكًا مستندًا إلى وقت وفاة الموصي وكان ملكًا لازمًا لا يملك رده بعد ذلك، وإذا توفي قبل أن يقبل أو يرد فإن الحنفية يرون أن الوصية قد تمت فيثبت الملك للموصى له مستندًا إلى وقت وفاة الموصي كما قدمنا. وعلى ذلك ينتقل إلى ورثته بالوراثة دون حاجة إلى قبول منهم.

أما الشافعية والحنابلة الذين ذهبوا هذا المذهب فإنهم يرون أن الوصية لا تبطل بوفاة الموصى له في هذه الحال وإنما ينتقل حق القبول والرد إلى ورثته. فإذا قبلوا بعد وفاة الموصى له - وهو مورثهم - تمت الوصية بقبولهم، وعندئذ يثبت الملك للموصى له "مورثهم" من وقت وفاة الموصي فيكون الموصى به من تركته تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه والباقي للورثة. وإلى هذا ذهب الشافعية وأبو الخطاب ومن ذهب مذهبه من الحنابلة.

أما المالكية الذين ذهبوا هذا المذهب فمنهم من يرى أن الوصية في هذه الحال تبطل بوفاة الموصى له قبل القبول والرد منه لانعدام شرطها الذي يتوقف عليه ثبوت الملك بها. وجمهورهم لا يرى ذلك ويرى أنها لا تبطل ولكن ينتقل حق القبول والرد إلى ورثة الموصى له بعد وفاته، كما ذهب إلى ذلك الشافعية وبعض الحنابلة غير أنهم لا يرون رأيهم في ثبوت الملك للموصى له بقبول ورثته، وإنما يرون أن الملك بها في هذه الحال يثبت للورثة ابتداء بقبولهم لا وراثة عن الموصى له، وعلى ذلك لا يعد الموصى به من تركة الموصى له فلا تقضى منه ديونه ولا تنفذ وصاياه. ولازم هذا أن الملك يثبت للورثة من وقت استعمالهم هذا الحق.

وبناء على ما بينا من أن الملك يثبت للموصى له عند من ذهب إلى ذلك من أصحاب هذه الآراء فإن ما يترتب على ذلك هو عين ما يترتب على المذهب القاضي بتمام الوصية بمجرد وفاة الموصي، وذلك لثبوت الملك بها للموصى له عند الموت على الرأيين.

(ب) وفريق أثبت الملك من وقت القبول لا من وقت وفاة الموصي، فيثبت الملك للموصى له بقبوله من وقت قبوله، فإن توفي قبل أن يقبل أو يرد قام مقامه في القبول والرد ورثته، فإذا قبلوها ثبت الملك لهم بقبولها من وقت أن قبلوا، ويتملكون ابتداء بالوصية لا وراثة عن الموصى له، وعلى ذلك لا يكون الموصى به تركة للموصى له، وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنابلة وهو الصحيح عندهم.

ويترتب على هذا الرأي ما يترتب على القول بأن القبول ركن وأن الملك يثبت بالوصية من وقته.

وإن كانت الوصية لمن لا يتأتى منه قبول تمت بالإيجاب عند وفاة الموصي اتفاقًا دون أن تتوقف على شيء آخر اتفاقًا.

هذه آراء الفقهاء، فإذا نظرنا إلى الوصية نظرة مستوعبة لاحظنا أنها قد تكون وصية بمال وحينئذ قد تفيد الموصى له ملكًا إذا ما كان معينًا وأهلاً لأن يملك، كالوصية لمحمد بمنزل معين وكالوصية لحمل هذه المرأة بهذه القطعة من الذهب وقد لا تفيد ملكًا إذا ما كانت لغير محصور، كالوصية للفقراء بألف جنيه، وإن كانت طريقًا إلى التمليك في النهاية عند توزيع هذا المبلغ وتسليمه، أو إذا كانت لمعين ليس أهلاً لأن يملك كالوصية لمستشفى بألف جنيه على ما عليه أكثر الفقهاء، ويكون أثرها في الحال الأولى ثبوت الملك للموصى له وفي الحال الثانية ثبوت حق في التركة يجب تنفيذه وإنفاقه فيما عينه الموصي.

وقد تكون وصية بإجراء تصرف معين كالوصية بأن توقف الأرض الفلانية بعد الموت على جهة كذا، وكالوصية بأن تباع هذه الأرض لفلان بمبلغ كذا.

وقد تكون وصية بعمل كالوصية ببناء مسجد في مكان معين.

وقد تكون وصية بولاية كالوصية بأن يكون فلان وصيًّا على التركة.

وقد تكون وصية بقربة من القربات لله تعالى كالوصية بالحج أو بالصدقة.

وقد تكون وصية بسقوط حق كالوصية ببراءة فلان من الكفالة أو من الدين.

وقد تكون وصية بتأجيل حق كالوصية بتأجيل الدين، إلى غير ذلك من أنواع الوصايا التي تتعلق بتركة الموصي وترتبط بها.

وإذا ما نظر إلى الوصية في جميع هذه الأحوال باعتبارها إرادة وارتباطًا من الموصي وجدنا أنها في جميعها تصرف صادر منه فيما يملكه ويختص به، وأنه لهذا يجب أن ينفذ دون أن يتوقف على إرادة شخص آخر لأنه لا يمس حقًّا لغير الموصي، فكان تصرفًا تامًّا من ناحيته، وإن جاز له أن يرجع عنه ما دم حيًّا، غير أنه قد أضيف إلى وقت يعجز فيه الموصي عن العمل إذا ما احتاج تنفيذ هذه الإرادة أو هذا الارتباط إلى القيام بعمل من الأعمال.

وهذه النظرة تقضي بأن الوصية في جميع أحوالها تنشأ بإرادة الموصي المنفردة على أنها ارتباط أو سبب يترتب عليه آثار من جانب الموصي بمجرد وفاته مصرًّا عليها دون توقف على إرادة أحد لأنها تصرف في خالص حقه لا في نظير التزام من غيره علق عليه، وذلك يقتضي ألا يكون قبول الموصى له ركنًا من أركانها ولا شرطًا في تحققها، وعلى ذلك تكون الوصية عملاً أو ارتباطًا من جانب واحد هو الموصي لا يتوقف إلا على عبارته الكاشفة عن إرادته، ولذلك يجب تنفيذها إذا لم يتوقف نفاذها على شيء آخر يقوم به غير الموصي بعد وفاته، فإن توقف كما في الوصية بإجراء عقد أو بمباشرة عمل، فإن تنفيذها يتوقف على ذلك الإجراء أو المباشرة، ولكن التنفيذ شيء وقيام الارتباط ووجوده ووجوب تنفيذه شيء آخر، وذلك ما يتم بعبارة الموصي إذا ما توفي مصرًّا على إرادته.

غير أنه إذا ما ترتب عليها حق لإنسان وتمليكه إياه كحق الملكية في الحدود المشروعة فإن هذا الحق يجب أن يثبت له بناءً عليها، وذلك بناء على ما أعطى للموصي من ولايته في ذلك ثبتت له ضمن إقرار الشارع لوصيته وأمره إياه بأن يوصي قبل وفاته، إذ إن ذلك يتضمن صحة وصيته في نظر الشارع، وذلك إنما يكون بترتيب أثرها عليها - وللشارع الولاية التامة، وعلى ذلك ثبت للموصى له الملك من غير قبول، ولكن على ألا يلزم به الموصى له رغم أنفه، بل يكون له الخيار في بقائه وفي رده، إذ ليس لإنسان أن يلزم غيره بما لا يريد إلا إذا كان له شرعًا ولاية إلزامه - وعلى ذلك يكون قبوله في هذه الحال استبقاء لهذا الحق الذي يثبت له بالوصية وعند ذلك يلزمه، وله ألا يقبله فلا يبقى هذا الحق عندئذ رغم أنفه، وعلى هذا يخرج ما ذهب إليه الحنفية من ثبوت الملك للموصى له إذا ما توفي قبل القبول، ومن ثبوته للحمل وإن لم يقبل وليه. إذ الظاهر الغالب أن يكون ذلك في مصلحته، وليس يملك الوصي رد مصلحة له، على أن بعض الفقهاء كالشافعية يجعل لولي الحمل أو لوصيه حق قبول الوصية له.

أما إذا لم يترتب على الوصية تمليك لمن هو أهل له فإن الذي يترتب عليها حينئذ هو ثبوت حق في التركة لله تعالى، وعندئذ لا حاجة إلى قبولها. وعلى هذا تخرج الوصية للفقراء ولغيرهم من جهات البر.

ومن هذا يتبين أن الرأي القاضي بأن الوصية تتحقق بالإيجاب المضاف إلى وقت الموت ويترتب عليها أثرها بمجرد وفاة الموصي مصرًّا عليها، وبأن القبول ليس شرطًا في إفادتها الملك ولا ركنًا لها ولكنه شرط لزوم هو الرأي الصحيح الذي يتسق مع حقيقتها بخلاف غيره من الآراء وهذا ما ظهر لي ورأيت ترجيحه.

قبول الوصية وردها:

القاعدة العامة في العقود التي تفيد تمليكًا تقضي بأن يكون القبول فيها في مجلس الإيجاب، وبأن تأخيره عن هذا المجلس مبطل لها، وقد استثنى الفقهاء من هذه القاعدة عقد الوكالة وعقد الإيصاء بإقامة وصي وعقد الوصية بمال أو بحق، فذهبوا

إلى أن قبول الوكالة يصح أن يكون في مجلس الإيجاب ويصح أن يكون بعد انقضائه في أي وقت من الأوقات ما دام الإيجاب قائمًا لم يرد[1]، وإلى أن قبول الإيصاء يصح أن يكون كذلك في مجلس الإيجاب ويصح أن يكون بعده حال حياة الموصي أو بعد وفاته، وإلى أن قبول الوصية بالمال أو بالحق يجب أن يكون بعد وفاة الموصي وقبل أن يردها الموصى له بعد وفاة الموصي، وأن قبولها أو ردها حال حياة الموصي لغو من القول لا يترتب عليه أي أثر، وكأنه لم يحدث، وخالف في ذلك الشيعة الجعفرية فأجازوا قبول الوصية حال حياة الموصي وبعد وفاته ورتبوا على قبولها حال حياته أثرها دون حاجة إلى قبولها مرة أخرى بعد الوفاة.

ويرى جمهور الفقهاء أن الموصى له إذا ردها بعد موت الموصي بطل الإيجاب ولم يجز أن يقبلها بعد ذلك خلافًا لبعض الزيدية - وإذا قبلها بعد موته لم يكن له أن يردها، وبهذا الرأي أخذ قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦م إلا في حال واحدة وهي ما إذا قبل منه بعض ورثة الموصي هذا الرد وقد عد القانون هذه الحال حال فسخ (م٢٤/ ٢).

وذهب زفر إلى أن الموصى له إذا رد الوصية حال حياة الموصي بطل برده الإيجاب، وهذا على رواية عنده تشترط القبول في الوصية.

ويرى الإباضية أن رد الوصية حال حياة الموصي لا يبطل الإيجاب إلا إذا علم به الموصي، أما إذا توفي قبل أن يعلم كان الإيجاب قائمًا وكان للموصى له القبول بعد ذلك.

ووجه ما ذهب إليه الجمهور أن الموصى له إذا قبل أو رد حال حياة الموصي فقد قبل ما لا وجود له وهو ثبوت الملك وما قد لا يثبت أبدًا وكان أمرًا محتملاً كحاله قبل إنشاء الوصية، وعلى ذلك لم يكن للقبول ولا للرد اعتبار. غير أن هذه الوجهة كما نرى في الوصية بالمال ترى كذلك في الإيصاء فلماذا اختلف الحكم فيه عن الحكم

(١) ألحق بعض الفقهاء الشركة في الأموال بالوكالة في ذلك الحكم فلم يوجبوا أن يكون قبولها في مجلس الإيجاب بل أجازوا قبولها بعده لتضمنها الوكالة وقيامها في الواقع عليها.

في الوصية؟ ولعل وجه هذه التفرقة أن الإيصاء في الواقع لا يفيد ملكًا جديدًا لأن الوصي إذا تصرف بحكم ولايته فإنما تصرف بأهليته وما أفاد الإيصاء إلا رفع الموانع من نفاذ هذا التصرف وهي الموانع التي تقوم على مراعاة حقوق ذوي الشأن، وعلى ذلك لم يكن القبول لاستفادة ملك حتى يتأخر إلى وقته، وإنما كان إشعارًا بأنه قبل أن يقوم بهذه المهمة، ولا ضير أن يكون رضاه بالقيام بها قبل أن يتحقق وقتها. فشأنه شأن الوكالة.

ونتيجة ما تقدم أن الوصية أو الإيصاء كليهما غير لازم حال حياة الموصي، فله العدول والرجوع عنهما في أي وقت شاء لا يمنعه من ذلك قبول الموصى له الإيصاء فإذا توفي الموصي مصرًّا على وصيته لزمت بالنسبة لورثته في ماله فلا يملكون ردها، ولكنها لا تلزم بالنسبة للموصى له فله الرد وله القبول، غير أنه إذا ردها لم يجز له أن يقبل وإذا قبل لم يجز له أن يرد - ذلك بالنسبة للوصية.

هذا، ويلاحظ أن لزومها في المال إنما يكون في ثلث التركة فقط ولا تتجاوزه إلا بإجازة الورثة.

أما بالنسبة إلى الإيصاء فإن الموصى إليه إذا لم يقبل الإيصاء حال حياة الموصي كان له بعد الوفاة أن يقبل أو يرد، فإذا قبل لم يكن له بعد ذلك أن يعزل نفسه باستقالته بل يجب أن يرجع في ذلك إلى القاضي، وإذا رد كان له أن يقبل بعد ذلك ما لم يقره على الرد القضاء.

أما إذا قبل أو رد حال حياة الموصي وجب أن يعلم الموصي برده وقبوله فإذا رد وعلم بذلك الموصي لم يكن له أن يقبل لبطلان الإيجاب، وإذا قبل بعلمه لم يجز له بعد موته أن يرد أو يستقيل حتى لا يصير الموصي مغرورًا من جهته ولكن له أن يستقيل حال حياة الموصي بعلمه.

وخلاصة القول أن الوصية تنشأ بالإرادة المنفردة على ما شرحناه فيما سبق كما يتم رجوع الموصي عنها بإرادته المنفردة، وليس يضير ذلك أن تكون غير لازمة حال حياة الموصي وأن له أن يعدل عنها. كما لا يضير كذلك أن للموصى له ردها

على الوضع الذي بيناه وليس في نشأة الوصية بالإرادة المنفردة خلاف بين الفقهين الشرعي والوضعي كما أن الرجوع فيها من الموصي بإرادته المنفردة لا خلاف فيه كذلك بين الفقهين.

مما يلاحظ أنه قد جاء في المادة ١٧ مدني جديد أنه يسري على الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.

وكذلك يلاحظ أن قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م قانون عام يسري على جميع المصريين مهما اختلفت دياناتهم. لا فرق بين مسلم ومسيحي ويهودي.

(٢) الوقف

الوقف لغة الحبس، وهو مصدر وقف يقف. تقول وقفت الدابة إذا حبستها عن المسير فوقفت - وأوقفت لغة قليلة.

مذهب الحنفية في الوقف:

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها إلى من أحب.

فإذا وقفها الواقف على جهة بر كان ذلك تصدقًا بمنفعتها، وإذا وقفها على معينين ليس الوقف عليهم برًّا كان ذلك صرفًا لمنفعتها إلى من أحب من الناس.

وهو غير لازم عند الإمام، فللواقف أن يرجع عنه في أي وقت شاء، وينتهي بوفاته فتكون الأعيان الموقوفة موروثة لورثته من بعده، ولذلك فهو عنده بمنزلة العارية، وكانت العين باقية على ملك الواقف له حق التصرف فيها بالبيع والهبة والرهن، ولم يكن عارية حقيقة لعدم اشتراط التسليم لتمامه، وإذا سلم فإنما يسلم إلى قيم لا إلى المنتفع. وقد استدل للإمام في ذلك إلى ما روي عن النبي ﷺ من قوله: **"لا حبس عن فرائض الله"**[(١)]. وبأن حقوق العباد لم تنقطع عن العين الموقوفة إذ لهم الانتفاع بها وذلك أثر بقاء الملك أو إمارته، ولا ملك لغير الواقف فوجب أن يستمر له.

ونتيجة هذا الرأي أن الوقف يفيد ملك المنفعة لا ملك العين، فيملكها الموقوف عليه إن كان أهلاً للاستحقاق والملك، أما إذا لم يكن أهلاً للاستحقاق والملك فإن الوقف في هذه الحال يكون ارتباطًا من الواقف بإنفاق ريع العين التي وقفها في جهة البر التي عينها؛ وهو ارتباط منه غير لازم، له أن يعدل عنه، والوقف في هذه الحال يتم بإرادته المنفردة فيؤمر بإنفاذه ديانة لا قضاء، وكذلك في الحال الأخرى وهي حال تمليك المنفعة فينشأ هذا الارتباط بإرادته المنفردة أيضًا غير لازم، ولكن للموقوف عليه أن يرد فلا يتقبل هذه المنحة.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٢٥٠، رقم ٢١٣٢٥).



وذهب صاحباه إلى أنه حبس العين عن أن تملك لأحد من العباد والتصدق بمنفعتها ابتداء وانتهاء أو انتهاءً فقط، فإذا وقفت على جهة بر كان ذلك تصدقًا بمنفعتها ابتداء وانتهاء، وإذا وقفت على الذرية ثم على جهة بر كان ذلك تصدقًا بمنفعتها انتهاء، والأول هو المعروف الآن بالوقف الخيري.

ويلزم الوقف عند أبي يوسف بمجرد الإيجاب الصادر من الواقف فلا يصح للواقف أن يرجع عنه ولا يورث ما وقفه بعد وفاته ولا يجوز له التصرف فيه بالبيع ونحوه لخروجه عن ملكه بعبارته المنشئة له الدالة على إرادته، ولا يكون بعد خروجه من ملك واقفه ملكًا لأحد بل لله تعالى.

ويلزم عند محمد ويتم بتسليمه إلى متوليه فيكون له ما سبق من أحكام.

أما قبل التسليم فإنه يكون غير تام فللواقف ألا يمضي فيه ويرجع عنه، لأنه تبرع وتمليك للمنافع فلا يتم ولا يلزم إلا بالتسليم بعد الإفراز فيما يحتمل القسمة.

ويستدل الصاحبان على لزومه بما روي عن عمر ﷺ إذ أتى النبي ﷺ فقال له: إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمري؟. فقال رسول الله ﷺ: **"إن شئت حبست أصله وتصدقت بثمرته"**[1]. فجعلها عمر صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث؛ تصدق بثمرتها على الفقراء والمساكين وذوي القربى وابن السبيل وفي الرقاب والغزاة وفي سبيل الله والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف وأن يطعم صديقًا غير متمول منه. وأوصى به إلى حفصة أم المؤمنين ثم إلى الأكابر من آل عمر.

وقد استمر عمل الأمة منذ عهد رسول الله ﷺ على هذا. وهذا الوضع هو ما تدعو إليه الحاجة إذ الإنسان محتاج إلى صدقة جارية دائمة ولا يتم له ذلك إلا بالوقف.

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٢، رقم ٤٦٠٨)، والبخاري (٢/ ٩٨٢، رقم ٢٥٨٦)، والترمذي (٣/ ٦٥٩، رقم ١٣٧٥)، وغيرهم.

وقد ذهب الإمام إلى لزوم الوقف فيما إذا حكم به حاكم بعد نزاع في لزومه؛ لأن حكمه يرفع الخلاف، وفيما إذا خرج مخرج الوصية فتوفي الواقف مصرًّا عليه؛ لأنه وصية حينئذ ولا يملك الورثة إبطالها، وفيما إذا كان وقفًا بمسجد، لأن المساجد لله تعالى، ويتم كونه مسجدًا بإفرازه والإذن بالصلاة فيه ثم يصلى فيه بجماعة على اختلاف الرواية في ذلك.

مذهب الشافعي وأحمد:

وذهب الشافعي إلى ما ذهب إليه أبو يوسف، وذلك أحد قولين عنده وهو الراجح من مذهب أحمد بن حنبل، فالوقف على هذا يتم ويلزم بمجرد صدور الإيجاب من الواقف، ولو كانت العين الموقوفة على الشيوع وذلك قياسًا على العتق.

مذهب مالك:

ويرى مالك أنه يلزم أيضًا بمجرد القول، ولكن لا يتم إلا بالحيازة، لأنه من عمل المعروف. والمعروف لازم عنده وعند أصحابه ما لم يوجد مانع قبل الحيازة والموانع أربعة:

(١) الدين المحيط بمال الواقف أو المتبرع سواء أكان ذلك قبل الإيجاب أم بعده.

(٢) موت المتبرع، إذ بموته ينتقل الملك إلى غيره وهو الوارث ولا يجبر الوارث على المضي في تبرع مورثه.

(٣)، (٤) خروج المتبرع عن الأهلية - أو مرضه مرضًا يتصل به الموت فإذا حصل مانع من هذه الموانع قبل تحقق الحيازة فإنه يمنعها ويبطل الوقف.

أثر الوقف:

أثر الوقف عند الإمام ثبوت حق الموقوف عليه في الانتفاع بالعين الموقوفة، فيملك به منفعة العين ملكًا غير لازم على ما تقدم، مع بقاء العين الموقوفة: على ملك واقفها.

 

وأثره عند الصاحبين سقوط ملكية الموقوف وصيرورته ملكًا لله تعالى لا ملك فيه لأحد وهو أصح القولين عند الشافعي وأحمد، ولهما قول آخر وهو أن الملك للموقوف عليه إن كان أهلاً ولكنه ملك مقيد.

وعند مالك يبقى على ملك الواقف فلا يزول ملكه، ولكنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو أيضًا قول الشافعية والحنابلة، وهذا أحسن الأقوال إذ ملك الواقف متيقن الثبوت فلا يرتفع إلا بيقين.

ويشترط أن يكون مؤبدًا عند الصاحبين والشافعي وأحمد وأجاز مالك فيه التوقيت.

والأصل في الوقف أن يكون منجزًا ويجوز، مع الإضافة فيلزم عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه أما قبله فهو غير لازم كما في الوقف الذي أخرج مخرج الوصية.

وأما تعليقه ففيه روايتان أصحهما عدم صحته مع التعليق، وهذا عند الحنفية. وذهب الشافعي وأحمد إلى أنه لا يجوز تعليق الوقف، ويرى مالك صحته مع التعليق، وإذا صح مع التعليق صح مع الإضافة من باب أولى.

وبناء على ما تقدم يرى أن الوقف تصرف أو تبرع ينشأ بإرادة منفردة من الواقف باتفاق بين جميع أئمة المذاهب، فهو ينشأ بالإيجاب الصادر من الواقف، أما لزومه أو عدم لزومه فذلك حكم آخر ينبني عليه وصفه بأنه التزام أو ليس بالتزام على ما يراد بهذا الوصف من معنى في الفقه الغربي أو في الفقه الإسلامي، إذ قدمنا أن التصرف لا يسمى التزامًا إلا إذا كان لازمًا للمتصرف فيما يراه الفقه الغربي بحيث لا يجوز له الرجوع فيه ولا العدول عنه. أما الفقه الإسلامي فلم يستعمل هذا الاسم استعمالاً اصطلاحيًا بهذا المعنى على ما تقدم.

وإذا كان الوقف لا تتوقف نشأته على قبول من أحد باتفاق بين الأئمة فما موضع القبول منه؟ وهاك البيان:

قبول الوقف ورده:

في ذلك اختلف الفقهاء:

فالحنفية يرون أن الموقوف عليه إذا كان غير محصور كالفقراء أو كان جهة من جهات البر لم يشترط في استحقاق منافعه قبول من أحد، وإنما تستحق منافعه الجهة الموقوف عليها بمجرد صدور الإيجاب.

أما إذا كان على معين يتأتى منه القبول كالوقف على فلان أو على أولاد فلان فإن عدم رد الموقوف عليه يكون شرطًا لاستحقاقه المنافع أو الريع في حق نفسه فقط فإذا لم يرد كانت الغلة أو المنفعة له، وإن رد كان ما جعل له من ذلك للفقراء ولا يبطل الوقف - وإنما تكون للفقراء إذا لم يجعلها الواقف عند الرد لجهة عينها وإلا كانت لتلك الجهة.

وإذا قبل فليس له أن يرد بعد ذلك بل يلغو رده، وإذا رد الوقف ابتداءً فليس له أن يقبله بعد ذلك.

وإذا وقف على متعدد فقبل بعضهم ورد بعضهم الباقي فإن كان عنوان الموقوف عليهم يطلق على باقيهم كانت الغلة جميعها للباقي الذي لم يرد منهم، وذلك كما في الوقف على أولاد فلان وهم عشرة فرد الوقف منهم خمسة، وإلا كان ما يخص الراد منهم من الغلة للفقراء، دون ما يخص من لم يرد منهم، فإن ذلك يكون لهم. كما في الوقف على زيد وخالد ومحمد فرد منهم زيد فإن ما يخص زيدًا وهو الثلث يكون للفقراء.

وقد ذهب القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦م في مادته ٣٤ إلى خلاف هذا فجعل نصيب زيد للباقي من الموقوف عليهم وهما خالد ومحمد. طبقًا للمادة ٣٣ منه.

ويرى المالكية أن الموقوف عليه إذا كان غير محصور كالفقراء، أو غير موجود كمن سيولد[1]، أو كان مما لا يتأتى منه القبول كالمسجد، فإن الوقف يلزم ويمضي على شروطه بدون توقف على قبول من أحد متى استوفى جميع شروطه الواجب توفرها للزومه - وإن كان معينًا اشترط لاستحقاقه ما جعل له من ريع الوقف قبوله إن كان أهلاً للقبول بأن كان بالغًا رشيدًا وإلا ناب عنه وليه، فإن رد الوقف كان ما جعل له من الريع لغير من رده من الموقوف عليهم في قول مالك، وقيل يرجع حبسًا على الفقراء والمساكين، وقيل يرجع ملكًا للواقف، والقول الأول هو الراجح في المذهب[2].

وهذا إذا لم يقصد به الموقوف عليه بخصوصه وإلا رجع ملكًا للواقف كما ذكره ابن رشد في نوازله ونقله المواق.

ويراعى في الوقف عند المالكية ما أراده الواقف من تأبيد أو توقيت ذلك لأنه لا يشترط في الوقف عندهم أن يكون مؤبدًا بل يجوز أن يكون مؤقتًا.

ولا تصير العين الموقوفة وقفًا إذا كان لها غلة إلا إذا استخلف عليها الواقف شخصًا غيره، وتبرأ إليه منها وسلمها إليه، فإن استبقاها في يده فمات كانت من تركته تورث عنه أما ما كان من الحبس لا غلة له مثل السلاح والخيل ونحو ذلك فإن الواقف إذا وجهه في الوجوه التي سماها فقد تم وقفها، وإن كان يليها حتى مات، أما إذا لم يوجهه حتى مات فإنه يكون من تركته - هذا مذهب مالك.

ويرى الحنابلة أن الوقف إذا كان على غير معين كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول كالمساجد لم يتوقف في نشأته ولزومه إلى قبول ومضى على شروطه، وإن كان على إنسان معين ففي اشتراط قبوله لاستحقاقه الريع وجهان:

---

(١) الموقوف على من سيولد لا يلزم إلا باستهلاله عند ولادته، وعلى ذلك فالوقف عليه صحيح غير لازم، فللواقف أن يبيعه وأن يتصرف فيه قبل الولادة على المذهب، فإذا استهل الموقوف عليه لزم الوقف، فلا يصح للواقف أن يتصرف في أعيانه بعد ذلك. - وإذا وقف على من يولد لفلان أو على من سيولد له ثم من بعده على المساكين فمات فلان قبل أن يولد له ولد أو حصل اليأس من أن يولد له لأي سبب فإن الوقف يبطل ويرجع ملكًا للواقف إن كان حيًّا وميراثًا لورثته إن توفي - أما إذا ولد له فإن الوقف يلزم وينتقل من بعد الولد إلى المساكين، أما الغلة في الفترة بين إنشاء الوقف والولادة فهي للواقف أو لورثته حسب الأحوال حتى يولد له فيستهل الولد.

(٢) حاشية الدسوقي، ج٤، ص ٨٨.

أحدهما أنه يشترط قبوله ولو حكماً كقبض الغلة، إذ لا يستحق إنسان شيئًا على الرغم منه، ولو رده لم يستحق ما جعل له، ولا يبطل الوقف، بل يصير كالمنقطع. وقد اختلف في حكمه.

ذهب فريق إلى أن ريعه يصرف إلى أقارب الواقف، وبه قال الشافعي. وقيل يصرف إلى المساكين. وقيل يوضع في بيت مال المسلمين[1].

ثانيهما: إنه لا يشترط قبوله؛ لأن الوقف إزالة ملك يمنع الواقف معها من التصرف فصار كالعتق لا يلزم فيه القبول.

وذكر القاضي أنه لا يفتقر إلى القبول مطلقًا بل يتم بإيجاب الواقف.

ويرى الشافعية أنه إذا كان الوقف على معين هو أهل للقبول اشترط قبوله في مجلس الإيجاب إن كان حاضرًا. وإلا فعند وصول الخبر إليه وعلمه به كالهبة والوصية فإن رده بطل ولا يجوز له أن يقبل بعد الرد. وقيل لا يشترط قبوله ويمضي الوقف من غير قبول. وعلى القول الأول لا يشترط قبوله ممن سيأتي بعد البطن الأول بل الشرط بالنسبة إليهم عدم الرد. وإذا مات الواقف قبل قبول الموقوف عليه المعين فالظاهر بطلان الوقف حينئذ. ذلك لأنهم يلحقون الوقف بالعقود. والعقد يبطل بوفاة من وجه إليه الإيجاب قبل قبوله. وإذا كان الموقوف عليه صغيرًا أو معتوهًا قبل عنه وليه. فإن لم يقبل لم يصح الوقف في حصته[2].

هذا وليس يشترط في القبول على القول به أن يكون في مجلس الإيجاب عند الجمهور بل يصح بعده.

وقد جاء في المادة ٩ من القانون ٨٤ لسنة ١٩٤٦م: أن القبول لا يشترط لصحة الوقف، وكذلك لا يشترط في الاستحقاق إلا إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانونًا، فعند ذلك يشترط لاستحقاقها قبول من يمثلها، فإن لم يقبلها انتقل الاستحقاق إلى من يليها.

---

(١) المغني، ج٦، ص٢١٥.

(٢) نهاية المحتاج، ج٥، ص٣٦٩.

 

وقد أجاز ذلك القانون للواقف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه كما أجاز له أن يغير في مصارفه وشروطه ولو حرم نفسه من ذلك.

ولا يجوز له الرجوع ولا التغيير فيما وقفه قبل العمل بهذا القانون وجعل استحقاقه لغيره إذا كان قد حرم نفسه وذريته من هذا الاستحقاق ومن الشروط العشرة بالنسبة له، أو ثبت أن هذا الاستحقاق كان بعوض مالي أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف، ولا يجوز الرجوع ولا التغيير في وقف المسجد ابتداءً ولا فيما وقف عليه ابتداء، ولا يصح الرجوع إلا إذا كان صريحًا (م ١١).

وقد بنى جواز الرجوع في الوقف على ما ذهب إليه أبو حنيفة مما شرحناه سابقًا وأنه جعله كالعارية لا تخرج به العين الموقوفة عن ملك واقفها، وأن غلتها كغلة عين مملوكة له يوجهها كما يشاء - غير أن القانون لم يمض في ذلك إلى غايته، بل قيده بقيود دعت إليها المصلحة استند فيها إلى المذاهب الأخرى، فكان الرأي الذي ذهب إليه القانون مذهبًا ملفقًا من المذاهب.

وبناءً على ذلك فإن العين الموقوفة قبل الرجوع عن وقفها صراحة لا تعطي حكم الأعيان المملوكة للواقف ملكًا حرًّا، فلا يجوز التنفيذ عليها بدين على الواقف قبل الرجوع عن وقفها رجوعًا مستوفيًا الشرائط القانونية، كما أنه لا يجوز له التصرف فيها قبل الرجوع عن الوقف صراحة بإشهاد رسمي، وعلى الجملة فإن وقفها فيما قبل الرجوع عنها يعتبر قائمًا وله جميع أحكام الوقف حتى يرجع الواقف عن وقفها صراحة بإشهاد رسمي، ولا يعد إقدامه على بيعها أو هبتها أو رهنها رجوعًا، إذ لابد في رجوعه من أن يكون صريحًا وبإشهاد أمام الجهة القضائية المختصة إلى آخر ما شرطه قانون الوقف في ذلك.

وكما يجوز للواقف أن يرجع في وقفه الصادر بعد العمل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م أجيز له أن يرجع في وقفه الذي صدر منه قبل العمل بالقانون إلا إذا مس ذلك بحقوق الغير، وعلى ذلك منع رجوعه في حالين كما قدمنا وهاك بيانهما:

١ - أن يثبت أن استحقاق ريع العين المراد الرجوع عن وقفها كان بعوض مالي أو لضمان حقوق ثابتة قبل الواقف، سواء أكان قد جعل له هذا الاستحقاق من حين إنشاء الوقف أو جعله له من طريق تغيير مصارفه. وإثبات ذلك يكون بجميع الأدلة القانونية ومنها القرائن.

٢ - أن يكون الواقف قد جعل لغيره استحقاق غلة العين المراد الرجوع عن وقفها وحرم نفسه وذريته منه ومن الشروط العشرة بالنسبة لهذا المقدار، سواء أكان ذلك بعقدة الوقف أو من طريق التغيير في المصارف - ويعتبر عمل الواقف هذا قرينة قاطعة في أنه تصرف هذا التصرف في مقابل يمنعه من الرجوع فلا يحتاج في هذه الحالة إلى تحقيق أو إثبات ويكفي وجود هذا في كتاب الوقف أو في إشهاد التغيير.

أما وقف المسجد ابتداء وما وقف عليه ابتداء فلا يجوز فيه الرجوع ولا التغيير. كما لا يجوز ذلك فيما صار مسجدًا فعلاً بحكم القواعد العامة "المذكرة الإيضاحية".

ومما تقدم يرى أن الوقف ينشأ بإرادة منفردة على جميع المذاهب بلا خلاف، كما يكون الرجوع فيه بإرادة منفردة. وكما يكون التغيير في مصارفه من إخراج وإدخال وحرمان وزيادة ونقص وتفضيل وتخصيص بإرادة منفردة.

هذا، ومما يلاحظ أن شرعة الوقف شرعة إسلامية فلم يكن له وجود في شريعة أخرى قبل الإسلام وما وجد قبله لم تكن له أحكامه ولا وضعه وإن كان يشبهه في بعض صفاته.

(٣) الجعالة أو الوعد بجائزة

الجعالة بتثليث الجيم ولكن كسرها أشهر، - وهي لغة ما يعطيه الإنسان لغيره نظير عمل يقوم به، كالجعل - والجعيلة.

وفي لسان الفقهاء التزام مال معلوم نظير عمل معين معلوم أو لابسته جهالة.

ومثالها عندما يكون العمل معلومًا أن يقول شخص: من نقل متاعي هذا إلى مكان كذا فله مني مبلغ كذا من المال. ومثالها إذا ما شاب العمل جهالة مثل أن يقول من رد علي فرسي الضال فله مني كذا من المال. فإن العمل الذي سيباشره العامل في هذه الصورة يختلف باختلاف مكان الضال قربًا وبعدًا. وباختلاف طريق الوصول إليه وطريقة نقل الفرس. وليس يعلم ما سيتطلبه قيامه بهذا العمل. فكان لذلك مجهولاً بعض الجهالة.

وهذا الالتزام قد يكون لشخص معلوم كأن يقول الجاعل لآخر: إن بنيت هذا الجدار فلك كذا. وقد يكون الإيجاب فيه غير موجه إلى معين كان يقول الجاعل: من وجد قلمي فرده إلي فله كذا من المال.

ومما تقدم يرى أن الجعالة لا تتحقق إلا إذا كان الجعل نظير عمل. فلو جعل الجعل لشخص نظير وجوده في مركز معين أو وضع خاص كمن يجعل جعلاً لأول مولود في يوم كذا، فليس ذلك بجعالة. وإنما يعتبر عِدَةً. وسنتكلم عليها.

وظاهر عبارة القانون المدني كما سيأتي يتفق مع هذا الرأي. وخالف في ذلك القانون الإيطالي فسوّى بين الحالين. إذ لم يشترط فيه أن يكون الجعل نظير عمل[1].

وهذا الالتزام صحيح عند المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية وبعض الزيدية استنادًا إلى قوله تعالى: ﴿...وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف]، فإن ذلك جعالة وقد قصها الله علينا في كتابه من غير اعتراض عليها فدل ذلك على أنها مشروعة.

---

(١) حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، ص ٦٠٠.

وقد أقر رسول الله ﷺ أبا سعيد الخدري على أخذه جعلا نظير رقية رقاها لديغًا، فقد روي في ذلك عن أبي سعيد قال: انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي، فسعوا له بكل شيء - لا ينفعه شيء، فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عندهم بعض شيء، فأتوهم فقالوا: يأيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء لا ينفعه. فهل عندكم من شيء؟. قال بعضهم: إني والله لأرقي. ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا. فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً. فصالحوهم على قطيع من غنم. فانطلق يتفل عليه ويقرأ الحمد لله رب العالمين. فكأنما نشط من عقال.

"العقال حبل يشد به ذراع البهيمة" فانطلق يمشي وما به قلته" أي علته "قال: فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه. فقال بعضهم: اقتسموا. فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر له الذي كان، فننظر الذي يأمرنا به. فقدموا على النبي ﷺ فذكروا له ذلك فقال: وما يدريك أنها رقية؟ ثم قال: قد أصبتم، اقتسموا وأضربوا لي معكم سهمًا. وضحك النبي ﷺ. رواه الجماعة وهذا لفظ البخاري[١].

يرى من يستدل بهذا الحديث على جواز الجعالة أن ذلك الاتفاق الذي تضمنه ليس من قبيل الإجارة؛ لأن الجعل فيه إنما كان في الواقع نظير قيام أحدهم برقية يشفى بها اللديغ. وذلك شرط لا تصح معه الإجارة، لأن الشفاء من الله تعالى. وليس للأجير إلا الرقية، ولا يستحق عليها أجرًا. فلم يكن ذلك الاتفاق إجارة لذلك. وكان جعالة من أهل ذلك الحي لهؤلاء الرهط أن قام أحدهم برقية شفي بها لديغهم.

ويرى الحنفية إنه عقد فاسد لأنه من قبيل الإجارة التي لم تستوف شروط صحتها من العلم بالعمل والعلم بالأجير وقبوله في المجلس والعلم بالمدة فيما يحتاج إليها إلى غير ذلك من الشروط.

ويعرف هذا الالتزام في القانون المدني باسم "الوعد بجائزة"، وفيه جاءت المادة ١٦٢ مدني إذ نص فيها على أنه: من وجه للجمهور وعدًا بجائزة يعطيها عن عمل

(١) رواه البخاري (٣/ ٩٢، رقم ٢٢٧٦)، وأبو داود (٣٤١٨)، وغيرهما.



معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الجائزة أو دون علم بها - ومثال ذلك أن يوجه شخص إلى الجمهور وعدًا بجائزة لمن يعثر على شيء مفقود أو لمن يكشف غوامض جريمة أو لمن يقبض على مجرم هارب أو لمن يرسم أحسن لوحة أو لمن يكشف عن دواء لمرض معين أو لمن يقوم بكشف علمي أو صناعي أو لمن يفوز في مسابقة من المسابقات. ونحو ذلك.

ويعرف بأنه إعلان موجه إلى الجمهور عن التزام بإعطاء جائزة عن عمل يقوم به شخص غير معين في ذاته.

وتسمية هذا النوع بهذا الاسم "الوعد بجائزة" تشعر بأن معنى المعاوضة فيه غير مقصود أو على الأقل ليس أمرًا جوهريًا فيه. وأن أداء المال فيه إنما هو مكافأة أو جائزة لا عوض على ما بذل من جهد ونشاط من العامل.

وقد يكون ذلك في سبيل مصلحة أدبية لا يعود نفعها إلى العامل. وليس ينال الجاعل منها شيء يعطى عنه تعويضًا. وذلك لا ينفي أن من صور هذا الالتزام ما يتحقق في القيام به وصول منفعة إلى الجاعل يمكن تقويمها بالمال. وعندئذ يظهر فيه معنى المعاوضة وإن لم يكن مقصودًا.

وإذن فليس لهذا الالتزام طابع واحد في جميع صوره وعلى ذلك سمي جعالة بالنظر إلى بعض صوره، ووعدًا بجائزة بالنظر إلى بعض صور أخرى له. والجعل تبرع إذا كان النشاط الذي يبذله العامل تعود فائدته إليه وحده دون أن يترتب عليه كسب مالي للجاعل كأن يوجه شخص إلى الجمهور وعدًا بجائزة لأحسن مؤلف في مادة كذا. أو لمن يكشف عن دواء لمرض كذا.

وقد يحمل معنى المعاوضة كما إذا وجه شخص إلى الجمهور وعدًا بجائزة لمن يستخرج له ماء بحفر بئر في أرضه بجهة كذا.

أركان هذا الالتزام:

وأركان هذا الالتزام عند الفقهاء: صيغة - وجاعل - وعامل - وعمل - وعوض.

فصيغته: يجب أن تكون دالة دلالة قطعية على التزام صاحبها بمال نظير عمل يقوم به آخر، ويجب أن يكون ذلك العمل معلومًا علمًا لا يؤدي إلى النزاع، فليس يشترط فيه العلم التام، فإذا كانت الصيغة تدل على التزام غير صاحبها لم يترتب عليها أثر، وكانت مجرد أخبار، كأن يقول شخص من فعل كذا أعطاه فلان كذا أو التزم له فلان بكذا، إذا كان يحدث عن شخص آخر خلافه، وعلى ذلك يرى أن تكون الصيغة كاشفة عن إرادة الجاعل بلا احتمال. وليس هذا محل خلاف.

ولا يشترط أن تكون لفظًا، بل يصح أن تكون بالكتابة كأي عقد من العقود.

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة يجوزون في هذا الالتزام أن يكون الإيجاب فيه موجهًا إلى الجمهور كأن يقول الجاعل من فعل كذا فله كذا، فيستحق الجعل أي شخص يقوم بهذا العمل، ويجوز أن يوجه إلى شخص معين كأن يقول الجاعل لآخر إذا أتيتني بابني الضال فلك كذا. فلا يستحق الجعل إلا من وجه إليه هذا الإيجاب إذا ما جاء بابنه. ولا يشترط عندئذ قبوله بل يستحق بالفعل. فشأنه شأن الوكيل لا يشترط قبوله لفظًا لانعقاد الوكالة بل يكفي فيها التنفيذ.

وهذا خلاف ما ذهب إليه القانون المدني. إذ جاء فيه أن الإيجاب في هذا الالتزام يجب أن يوجه إلى الجمهور. كما يدل على ذلك نص المادة ١٦٢. إذ جاء فيها: من وجه إلى الجمهور وعدًا بجائزة ... إلخ، وعلى ذلك إذا وجه الإيجاب إلى شخص معين أو أشخاص معينين خرج عن أن يكون ذلك وعدًا بجائزة في نظر القانون بالمعنى المراد من المادة المذكورة. وسرت على هذا الإيجاب القواعد العامة للإيجاب في العقود من وجوب اقتران القبول به وعندئذ يصبح ذلك الالتزام عقدًا بالمعنى الصحيح. لا التزامًا بإرادة منفردة. ويدخل في الإجارة.

ويجب في نظر القانون أن يكون توجيه الإيجاب إلى الجمهور عن طريق علني وذلك بطريق من طرق النشر المعروفة كالإعلان في الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة في الطرق أو نحو ذلك مما يصل به الإيجاب إلى مسامع الجمهور.

ولا يرى فقهاء الإسلام ذلك شرطًا، بل يكفي أن يصدر الإيجاب من الملتزم وإن لم يتحقق له ذلك الإعلان.

وبصدور هذا الإيجاب منه أصبح ملتزمًا **بالجعل** إذا ما قام بالعمل أي شخص ممن تتناوله عبارة الإيجاب بعد علمه به كما سيأتي بيان ذلك.

وذلك فرق جوهري بين الفقهين في انعقاد هذا الالتزام بالإيجاب. إذ يكفي في الفقه الإسلامي صدوره من الجاعل بينما يشترط في القانون مع ذلك إعلانه، ومع اشتراط القانون ذلك الإعلان لم يشترط علم العامل بذلك الالتزام. بينما يشترطه جمهور الفقهاء واعتبروا من يقوم بالعمل من غير علم بالإيجاب يعد متبرعًا لا يستحق جعلاً.

أما طرفا **الجعالة** فهما الجاعل والعامل. أما الجاعل فيشترط فيه أن يكون أهلاً للالتزام فلا تنعقد الجعالة من مجنون ولا من صبي ولا من سفيه، وهذا أمر واضح.

وأما العامل فليس يشترط فيه إلا قيامه بالعمل المطلوب سواء أداه بنفسه أو بنائبه إذا لم يكن هناك ما يدل على اشتراط قيامه به بنفسه.

وذهب الشافعية إلى أن العامل إذا لم يكن معينًا بأن وجه الإيجاب إلى الجمهور جاز له أن ينيب غيره في العمل ويستحق بعمله الجعل. إذ إنابته صحيحة كالتوكيل في الاحتطاب والاستسقاء. وإن كان معينًا لم يجز له أن ينيب عنه في العمل غيره إلا لعجزه عنه مع علم الجاعل بذلك. أو لعدم لياقة العمل به[1].

وعلى ذلك إذا قام بهذا العمل صبي أو مجنون استحق الجعل أو الجائزة بعمله إذا سمع النداء أو علم به. ذهب إلى ذلك الماوردي. وخالفه بعض الشافعية إذ قالوا أنه لا اعتبار بعلم الصغير أو المجنون. وإذا لم يكن لعلمهما اعتبار لم يتحقق شرط استحقاق الجعل وهو أن يكون القيام بالعمل عن علم بالإيجاب.

---

(١) نهاية المحتاج، ج٥، ص ٤٦٧.

ووجه ما ذهب إليه الماوردي أنهما استحقا بعملهما. لأن هذا الالتزام يتم بإرادة الجاعل وحده ويوجد بها وليس عقدًا مزدوجًا يتوقف على القبول إنما يثبت استحقاق العامل فيه بعمله لا بقبول منه. وذلك بناء على التزام الجاعل. وإنما اشترط العلم حتى لا يتمحض العمل تبرعًا. والصغير والمجنون ليسا مع أهل التبرع فاستحقا الجعل بعملهما.

وإذا اشترك في العمل وإتمامه أكثر من واحد استحقوا الجعل وقسم بينهم(١).

العمل المطلوب بالجعالة: يرى الفقهاء أن يكون ذلك العمل معلومًا على وضع لا يترتب عليه نزاع وإن لم يكن العلم به تامًّا. وذلك يتحقق بألا تكون الجهالة به مانعة من القيام به على وجه لا يؤدي إلى المنازعة فيه أهو المطلوب أم لا؟

ومن الشافعية من يرى أن العمل إذا كان معلومًا علمًا تصح معه الإجارة عليه لم تصح فيه الجعالة، للاستغناء عنها حينئذ بالإجارة، وعدم جواز اللجوء إلى ما يعد من قبيل الاستثناء. ولكن القول الأول أصح.

وكذلك يرى الشافعية أنه لابد في العمل من أن يكون في القيام به كلفة أو مؤونة وليس واجبًا، فلو قال شخص لآخر من رد علي كيس نقودي الضائع فله كذا، فرده عليه من وجد الكيس وهو في يده لم يستحق شيئًا.

إذا رده عليه في هذه الحالة لا كلفة فيه ولا مشقة، وهو واجب عليه شرعًا، ولا أجر ولا جعل على واجب، وإلى هذا ذهب الشيعة الجعفرية.

ولا يرى الشافعية صحة توقيت الجعالة، فإذا قال شخص من رد علي فرسي إلى شهر فله كذا لم يصح لأن تقدير المدة مخل بمقصود العقد، فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض. في حين أن تحقيق هذا الغرض قد يكون حين انتهاء المدة وشيكًا ولولا انتهاؤها لتم واستحق الجعل.

---

(١) الشرح الكبير، ج٤، ص ٦٥.

 

وإلى هذا ذهب المالكية، ولكنهم استثنوا من ذلك حالة ما إذا اشترط الجاعل للعامل حينئذ أن يترك العمل متى شاء وأن له من الجعل بنسبة ما عمل. فعندئذ يصح توقيتها لأن اشتراط هذا الشرط يلغي المدة.

ذلك تعليلهم. والنظر فيه يقضي بأن ذلك الشرط لا يلغي المدة ولا يلغي أن استحقاق تمام الجعل إنما يكون بإتمام العمل فيها. وإن كان يقضي بعدم ضياع أجر ما تم فيها من سعي. وهذا مقتضى الشطر الأخير من الشرط، أما الشطر الأول فإن اشتراطه لم يأت بجديد.

وخالف في ذلك الحنابلة فصححوا الجمع بين تحديد المدة والقيام بالعمل فيها كأن يقول: من خاط لي هذا الثوب في يوم كذا أو في مدة كذا فله مني كذا. فإن أتم العمل في المدة استحق الجعل وإلا لا - وهذا ما ذهب إليه التشريع الوضعي. إذ جاء في الوسيط للأستاذ السنهوري: ويستوي أن يكون الوعد قد حددت له مدة أم لم تحدد ففي الحالين يلتزم الواعد وإن كان لكل حالة حكمها كما سنبين ذلك.

وذهب بعض المالكية إلى أنه يشترط في العمل المطلوب أن يكون فيه منفعة للجاعل وإلا لم تصح الجعالة. وذهب آخرون إلى أنه لا يشترط فيها ذلك، فمن قال من صعد جبل كذا فله مني كذا صحت منه هذه الجعالة. والقول الأول هو المشهور عند المالكية[1].

هذا، وينبغي أن يلاحظ أن قيام العامل بالعمل لا يتوقف عليه شرعًا وجود هذا الالتزام. ذلك لأن التزام الجاعل يوجد بوجود إيجابه، غير أن الملتزم له غير معين وإنما يتعين بقيامه بالعمل، ومن هذا يتضح أن الجعالة ليست عقدًا بين طرفين بل هي عند نشأتها التزام من جانب واحد وإن كان غير لازم. بخلاف العقد بمعناه الأخص فإن وجوده يتوقف على وجود الإيجاب والقبول.

ويرى علماء الفقه الوضعي أن يكون العمل الذي يهدف الواعد إلى تحقيقه بوعده عملاً له فيه مصلحة مادية أو أدبية مقصودة له وهو يرغب في تحقيقه لذلك.

(١) الشرح الكبير، ج٤، ص٦٤.

أما إذا كان لا يرغب في تحقيقه ولا يناله منه إذا تحقق إلا الضرر ولم يقصد بوعده إلا الدعاية مثلاً. فإن بعض الشراح يرى ألا يترتب على هذا أي أثر قانوني. مثال ذلك أن يعد صانع أو تاجر بإعطاء جائزة لمن يثبت أو لمن يظهر أن في صناعته أو في بضائعه عيوبًا - وهذا النوع كثيرًا ما يوجد في الصحف فإذا أظهر إنسان في صناعة هذا الجاعل عيوبًا لم يستحق شيئًا، والحجة في ذلك عدم جدية هذا الالتزام وأنه ليس الغرض منه في الواقع التزام. ويرى آخرون أن مثل هذا يجب فيه على القاضي أن يستهدي في كل حادثة بظروفها وملابساتها معتمدًا على قواعد العدالة وحسن النية. فيقضي في الأمر على مقتضى ما يصل إليه اجتهاده من إلزامه أو عدم إلزامه. أما غيرهم فلم يشترط ذلك.

ويبدو من تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للجعالة أن العمل الذي جعل الجعل في نظيره يجب أن يكون مستقبلاً أي أن يحدث بعد الالتزام حتى يتأتى توافر شرط العلم بالالتزام قبل إقدام العامل على العمل، فلو أن شخصًا التزم بجعل نظير عمل ماض قام به شخص لم يكن هذا من قبيل الجعالة، إذ لا يمكن أن يكون الجعل حينئذ نظير قيام بعمل وإنما يعد الالتزام في هذه الحال عدة لمن قام بالعمل متى كان الجاعل على علم بتمام العمل.

أما إذا كان غير عالم بذلك عند الالتزام ثم ظهر بعده أن العمل المطلوب الذي جعل الجعل نظير القيام به قد قام به شخص قبل الالتزام فقد يختلف النظر عند[1] ذلك؛

(١) إذا كان الجاعل لم يعلم بتمام العمل عند الإيجاب ثم ظهر بعده أن العمل قد تم قبله فليس يصلح أن يعد الإيجاب حينئذ عدة لمن قام به، لأنه كان مجهولاً للجاعل عند إيجابه، والعدة لا تكون مقبولة لمجهول لا يعرفه الواعد، إذ لا يصح أن يقول شخص ألزمت نفسي بإعطاء عشرين جنيهًا مثلاً لواحد من الناس.
ولا يصح كذلك أن يكون جعالة صحيحة، إذ إن الظاهر من كلام الفقهاء إنها إنما تكون في عمل يطلب أحداثه، أما ما كان موجودًا فعلا فلا محل لأن يلتزم في مقابلة إيجاده - وقد تم - شيء من المال - وإذن يكون الإيجاب في هذه الحال لغوًا من القول لا يترتب عليه أثر، إلا إذا كان حال الجاعل وعبارته تدل على الوعد كأن يكون عند الإيجاب عالمًا بتمام العمل وقد أراد منح فاعله شيئًا من المال كجائزة.
هذا ما ينتهي إليه النظر بالنسبة إلى الجاعل، أما بالنسبة إلى العامل فإنه يرى أنه قد قام بالعمل قبل =

لأن البادي من عبارات الفقهاء أن الجعالة إنما تكون في عمل يطلب إحداثه وإيجاده، أما ما حدث ووجد فعلاً فلا محل لأن يلتزم شيء في مقابلة إحداثه "كمن يستأجر أجيرًا على القيام بعمل قد تم قبل عقد الإجارة - وبخاصة إذا لوحظ ما اشترطه جمهور الفقهاء في استحقاق الجعل من إقدام العامل على العمل وهو على علم بالالتزام، إذ إن هذا الشرط يقضي بعدم استحقاق العامل شيئًا في تلك الحالة لإقدامة على العمل متبرعًا على ما يظهر من حالة إذ لم يوجد التزام بالجعل قبل إقدامه فضلاً عن أن يكون عالمًا عند إقدامه، وخالف في ذلك بعض المالكية. فعن ابن القاسم أن العامل إذا سمع الإيجاب أو علم به فعمل كان له الجعل. أما إذا عمل دون علم به فإن له أجر مثله إن كان مثله لا يقدم على هذا العمل عادة إلا بأجر. وعند ذلك يجب أن يكون في ذلك العمل منفعة للجاعل. وإلا لم يكن للعامل إلا ما أنفقه في سبيل العمل. وقال ابن الماجشون وأصبغ رواية عن حبيب عن مالك يجب الجعل لمن قام بالعمل سواء سمع قول الجاعل أم لا. وسواء أكان ذلك من شأنه أم لا. وظاهر هذا عدم اشتراط علم العامل بالإيجاب عند العمل. واستظهر ابن رشد قول ابن القاسم[1].

ويرى الشيعة الجعفرية أن الإيجاب إذا صدر بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه كان للعامل أجر ما قام به من العمل بعد الإيجاب فقط، يحتسب ذلك من الجعل بنسبة ما عمل بعد الإيجاب إلى العمل كله وإلى هذا ذهب الحنابلة (كشاف، ج٢، ص٤١٧، وفي الذخيرة، ج٤، ورقة ١٥).

أما الفقه الغربي فقد ذهب إلى أن الالتزام بإعطاء جائزة على عمل حدث فعلاً والواعد على علم بذلك يعد من قبيل الوعد بجائزة. وعبارة المادة ١٦٢ في فقرتها الأولى تتعارض مع هذا الرأي؛ لأن توجيه الوعد بالجائزة على العمل إلى الجمهور

= حدوث الإيجاب، وإقدامه على العمل على هذا الوضع دليل تبرعه به، وعلى ذلك لا يستحق عليه شيئًا إلا عند بعض المالكية إذ يرون أنه إذا كان في العمل منفعة للجاعل وليس من شأنه أن يقوم به إلا بأجر فإنه يستحق عندئذ أجر مثله، سواء أكان إيجاب من الجاعل بعد تمام العمل أم لا، وهذا ما ذهب إليه ابن القاسم.

(١) ذخيرة، ج٤، ورقة ١٥٤، والمواق، ج٥، ص٤٥٢.

يدل على إرادة حفزه على عمله وإيجاده. فإذا كان موجودًا فعلا كان توجيه هذا الوعد إلى الجمهور عبثًا.

أما عند عدم علم الواعد بتمام العمل قبل الوعد فقد اختلف الرأي بين اعتباره وعدًا بجائزة وعدم اعتباره كذلك. نظرًا لما قد يفهم من إقدام الوعد على وعده أنه إنما أراد بالتزامه استنفار العاملين والمتسابقين واستثارتهم إلى التنافس والتسابق والمسارعة إلى هذا العمل المطلوب. وذلك لا يكون إلا إذا كان ذلك العمل لم يحدث بعد واعتبار ذلك أساسًا في وعده أو عدم اعتباره. وفي رأيي أنه يجب في ذلك أن يهتدي إلى خير الرأيين بالنظر في ظروف كل حادثة وملابساتها[1].

الجعل الموعود به: يرى الفقهاء أنه يجب أن يكون مالاً وعلى ذلك فكل ما صح أجرة في الإجارة صح جعلاً في الجعالة، وما لا يصح جعله أجرة لم يصح جعله جعلاً، فإذا كان الجعل مجهولاً فسد العقد، وإذا عمل العامل العمل مع ذلك كان له أجر مثله كما في الإجارة الفاسدة ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة والشيعة الجعفرية.

ويجوز للجاعل أن يزيد وينقص في العمل المطلوب، وكذلك في الجعل إذا كان ذلك قبل الشروع في العمل، وبذلك ينفسخ الالتزام السابق بالالتزام اللاحق.

ويجوز كذلك قبل الفراغ بعد الشروع في العمل وعندئذ يكون للعامل أجر المثل على قول لانفساخ الالتزام السابق وشروع العامل في العمل قبل علمه بالالتزام اللاحق، وسيأتي بيان ذلك.

وليس للعامل حق الحبس إلى أن يدفع إليه الجعل فيما إذا أمكن الحبس فيه كرد مفقود أو ضالة أو نحو ذلك[2].

---

(١) راجع حجازي، ص٥٩٥ وما بعدها.

(٢) كشاف القناع، ج٢، ورقة ٤١٨، ونهاية المحتاج، ج٥، ورقة ٤٧٦).

ما تختلف فيه الجعالة عن الإجارة:

والجعالة تخالف الإجارة فيما يأتي:

أولاً: أنها تصح على عمل مجهول كما تصح على عمل معلوم، ولكن الإجارة لا تصح إلا على عمل معلوم.

ثانيًا: أن الجعالة لا يشترط في انعقادها أن يوجه الإيجاب فيها إلى معين بل يصح أن يوجه إلى الجمهور ولكن الإجارة لا تنعقد إلا بإيجاب وقبول بين طرفين معينين.

ثالثًا: أن الجعالة إذا وجهت إلى معين لم يشترط في انعقادها قبوله، بخلاف الإجارة إذ يشترط في انعقادها قبول من وجه إليه الإيجاب.

رابعًا: أن الجعالة عقد غير لازم، على ما سيأتي بيانه بخلاف الإجارة فإنها عقد لازم.

خامسًا: أن الاستحقاق في الجعالة لا يكون إلا بتمام العمل، بينما الاستحقاق في الإجارة يكون بالعقد، وبناءً على ذلك فإذا اشترط في الجعالة تعجيل الجعل فسد العقد واستحق العامل بالعمل أجر المثل، ووجه ذلك أن الإيجاب إذا كان موجهًا إلى الجمهور فلا محل لاشتراط هذا الشرط لأن اشتراطه إنما يكون من العامل لأنه في مصلحته، والعامل لم يتعين، واشتراطه من الجاعل على نفسه التزام بما لا يلزمه، لأنه لم يلزمه شيء لأحد، وإذا كان موجهًا إلى شخص معين فاشترط هذا الشرط من وجه إليه كان اشتراطًا لدفع مال لم يجب بعد فلا يصح هذا الشرط لذلك، والشروط الفاسدة مفسدة للعقد عند الشافعية.

فإن تسلم الجعل بلا شرط تعجيله امتنع عليه أن يتصرف فيه، بينما يرى أن ذلك الشرط في الإجارة صحيح، وتملك الأجرة المعجلة بقبضها، فيجوز للمستأجر أن يتصرف فيها كما يشاء.

سادسًا: أن العامل لا التزام له فيها بخلاف الإجارة، فإن الأجير يكون فيها ملتزمًا بالعمل.

انعقاد الجعالة:

وينشأ الوعد بالالتزام في الجعالة من طرف واحد بعبارته ما دام العمل لم يشرع فيه أحد كما قدمنا، فإن شرع فيه شخص عالمًا به كان شروعه ارتباطًا غير لازم من ناحيته، وتم هذا الارتباط بينه وبين الجاعل، فإذا قام بالعمل وأتمه وجب له الجعل وإن أتمه غير عالم بالإيجاب لم يستحق بعمله شيئًا عند الجمهور على ما بينا فيما سبق؛ لأنه متبرع في هذا الحال - وإن علم في أثنائه كان له من الجعل بنسبة ما عمل بعد العمل، وإلى هذا ذهب الحنابلة[1] وإليه ذهب الشيعة الجعفرية، وقد ذهبوا كذلك إلى أن العامل إذا أتم العمل قبل أن يعلم برجوع الجاعل كان له الجعل كله، وإلا كان له أجر ما أتمه منه قبل علمه بالرجوع إن علم أثناء العمل[2].

وقد قدمنا أن الشريعة الإسلامية يتساوى في نظرها أن يكون الإيجاب موجهًا إلى الجمهور وأن يكون موجهًا إلى شخص معين، وفي الحالين لا يشترط لتمام الالتزام قبول من أحد، بل لو أن الإيجاب قد وجه إلى شخص معين بجعل معين فقبله ذلك الشخص بأقل من ذلك الجعل بأن قال له الجاعل إذا فعلت كذا فلك عشرون جنيهًا فقال من وجه إليه الإيجاب. إني ألتزم فعله بعشرة جنيهات فقط، ثم أتم العمل بعد ذلك استحق العشرين لتمام الالتزام عليها، والقبول لا أثر له في تمامه ولا في التزام الجاعل بالجعل لأنه ينشأ بعبارته وحدها، ولذا صح أن يوجه الإيجاب به إلى الجمهور وإلى شخص معين.

أما القانون فقد لاحظ واضعه أن الإيجاب عندما يوجه إلى شخص معين يكون الغرض منه الارتباط مع ذلك الشخص وذلك ما يعني إرادة التعاقد معه فوجب أن يكون لهذه الإرادة أثرها من اعتبار هذه الحالة من حالات التعاقد لا من حالات إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة، ولذا رأى القانون في الوعد بجائزة أن يكون الإيجاب موجهًا إلى الجمهور لا إلى شخص معين، وإلا طُبِّق عليه أحكام العقد.

---

(١) كشاف القناع، ج٢، ص٤١٧.

(٢) تحرير الأحكام، ج٣، ورقة ١٢٣.

ردها:

هذا، وإذ رد الإيجاب من وجه إليه في هذه الحال ارتد عند بعض الشافعية حتى لا يستحق الجعل إذا عمل الإيجاب جديد، وعلى هذا الرأي يرى أن الجعالة ترتد بالرد من العامل المعين عند بعض الشافعية.

غير أنه قد جاء في كلام الإمام ما يفيد أنها لا ترتد بالرد بدليل ما سبق ذكره من عدم التزام العامل بما يلزم به نفسه من جعل أقل مما التزم به الجاعل وقد استظهر السبكي هذا القول وأن الواجب عند ذلك هو الجعل الذي سماه الجاعل ولم يجعل لقبول العامل بأقل من الجعل أثرًا ولم ترتد به الجعالة في الزيادة على ما قيل.

غير أنه يلاحظ أنه يشترط في الشريعة لاستحقاق العامل للجعل ألا يكون قد أقدم على العمل متبرعًا - وقد يرى أن في رده الجعالة ثم في إقدامه على العمل بعد رده إياها دليلاً على تبرعه بالعمل، فإذا تبين ذلك لم يستحق بعمله شيئًا، وإن لم يتبين ذلك استحق على القول بأنها لا ترتد بالرد.

حكم الجعالة:

إذا تمت الجعالة بتمام الإيجاب مستوفية شروطها كانت غير لازمة قبل الشروع في العمل، ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة وإليه ذهب القانون المدني إذا كانت غير مؤقتة بوقت، وعلى هذا يكون لكل من الجاعل والعامل إذا كان معينًا الرجوع مع ملاحظة أن تعيين العامل يخرجها عن أن تكون جعالة في نظر القانون على ما تقدم.

وعلى ذلك إذا رجع الجاعل أو الواعد رجوعًا مستوفيًا شروطه ثم عمل العامل العمل وأتمه بعد ذلك لم يستحق شيئًا قولاً واحدًا لأن شروعه فيه عالما برجوع الجاعل يجعل قيامه بالعمل تبرعًا لا يستحق عليه جعلاً.

فإن شرع فيه جاهلاً برجوع الجاعل فالأصح عند الشافعية أنه لا يستحق شيئًا من الجعل كذلك على الجاعل إذ كان عليه أن يتثبت من بقاء الجاعل على التزامه قبل أن يقدم على العمل، وهو قول غيرهم أيضًا.

واستحسن البلقيني أنه يستحق الجعل في هذه الحال، إذ كان على الجاعل أن يعلن رجوعه. هذا ويلاحظ أن القانون يشترط في صحة الرجوع الإعلان، ويشترط فيه ألا يكون في جعالة حددت مدتها في أثنائها كما قدمنا إذ يرى القانون لزوم الجعالة عندما تكون محددة المدة، فقد جاء في المادة ١٦٢ فقرة ٢: إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد - وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور.

ويقضي القانون الإيطالي بجواز رجوعه في المدة إذا كان لذلك سبب مبرر، أما الفقه فيجوز الرجوع في أثنائها من غير قيد.

هذا، وقد اشترط القانون في صحة الرجوع الإعلان كما قلنا، كما اشترط ذلك في الإيجاب إذ أوجب أن يوجه إلى الجمهور، ولم يشترط الفقهاء ذلك في الحالين، ولعل مرد ذلك إلى ما تقضي به الشريعة من وجوب الوفاء بالالتزام أو الوعد على أي وضع صدر من صاحبه من علانية أو إسرار، بخلاف القانون إذ رأى إغفال حالة الإسرار لأنها لا تعد وسيلة من وسائل الطلب والإثارة والاستنفار إلى العمل، وفي تركها ترك لمثار النزاع والخصومة عادة.

أما بعد الشروع في العمل وقبل إتمامه فإنه يكون لازمًا عند مالك بالنسبة إلى الجاعل فلا يملك أن يستبد بفسخه حتى لا ينال العامل ضرر. وبناء على ذلك يستحق العامل الجعل بإتمامه العمل بعد الرجوع، ولا يكون لازمًا عنده بالنسبة إلى العامل فله أن يمتنع عن العمل فلا يتمه، وعندئذ لا يستحق شيئًا على ما عمل لتركه العمل اختيارًا.

ومحل ذلك إذا لم ينتفع الجاعل بما أتم العامل من عمل، فإن انتفع به بأن استأجر من قام بإتمام العمل بناء على ما تم منه كان له أجر مثله منسوبًا إلى أجر ما تم العمل. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الجعالة لا تلزم بالشروع فيها بالنسبة إلى

الجاعل ولكن يكون للعامل الذي شرع في العمل قبل الرجوع أجر مثل ما عمل قبل الرجوع[1].

أما الفقه الوضعي فقد اختلفت فيه الآراء بالنسبة لحق الواعد في الرجوع عن وعده في هذه الحال.

(أ) فمن الشراح من يرى أن حق الواعد في الرجوع في هذه الحال يبقى مطلقًا غير مقيد، فيجوز له العدول ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالعامل، وذلك مبني على أن مركز العامل مركز احتمالي لم يكن له إلا مجرد أمل ما دام أن العمل لم يتم، وما دام الدائن لم يتعين فلا يلزم المدين بالتزامه في مال له فيه الحق دون غيره.

(ب) ويرى آخرون أنه لا يملك في هذه الحال أن يرجع حتى لا يضر بذلك من شرع في العمل.

(جـ) ويرى فريق ثالث أنه يجوز له أن يرجع بشرط أن يعطي من شرع في العمل مقدار ما خسره في شروعه فيه على ألا يتجاوز ذلك قيمة الجعل المحدد، وأساس ذلك عندئذ المسئولية التقصيرية لا الوعد بجائزة إذ إنه قد سقط بالرجوع.

هذا، ويلاحظ أن عبارة القانون مطلقة إذ نصها: إذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور[2]. ولم يقيد ذلك بأن له هذا الحق قبل شروع العامل في العمل.

أما بعد تمام العمل فلا يملك الجاعل باتفاق بين المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة أن يرجع؛ لأن حق العامل قد ثبت واستقر في ذمته بإتمامه العمل، وإلى ذلك ذهب الفقه الغربي وذلك ما تقضي به الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ مدني.

---

(١) راجع الشرح الكبير للدرديري وحاشية الدسوقي عليه، ج٤، ص ٦٠، ٦١، ٦٣، ٦٤، ٦٥؛ وكشاف القناع، ج٢، ص ٤١٧ وما بعدها؛ ونهاية المحتاج، ج٥، ص ٤٦٧ وما بعدها.

(٢) راجع النظرية العامة للالتزام، الدكتور حجازي، ج٢، ص ٦٠٥، ٦٠٦.

انقضاء الجعالة وانتهاؤها:

إذا كانت الجعالة محددة بمدة أقتت بها انتهت بانتهاء المدة، وذلك على ما ذهب إليه الحنابلة كما تقدم.

وقد قدمنا أنها تنتهي كذلك برجوع الجاعل أو العامل عند تعيينه على ما فصلنا القول فيه فيما سبق.

وكذلك تنتهي بموت الجاعل وبجنونه وإغمائه المتصلين بموته إذا حصل ذلك قبل الشروع في العمل.

وكذلك إذا حدث ذلك بعد الشروع فيه عند الشافعي وأحمد، غير أنه إذا كان المتوفى هو الجاعل وأتم العامل باقي العمل بعد الوفاة كان له أجر مثل ما عمل في الحياة فقط دون ما عمل بعد الوفاة لبطلان الجعالة بالوفاة، وإن لم يتمه لم يستحق الطالب شيئًا، وذلك ما يظهر من عبارة أسنى المطالب[1]؛ لأن الجاعل لم يلتزم بشيء إلا نظير إتمام العمل - ولم يتم العمل فلم يتحقق السبب.

وهذا الرأي محل نقد لأن العامل مضطر لإتمام العمل ليستحق أجرًا عما عمل والمضطر لا يعد متبرعًا، وعلى ذلك كان المستحسن أن يستحق كذلك أجر مثله عما عمل بعد الوفاة.

وإن كان المتوفى هو العامل فأتم ورثته العمل استحقوا بقدر ما عمل مورثهم فقط إن كان قد خص بالجعل لأن الجاعل لم يلتزم لهم بشيء ولم يقوموا بالعمل كله - وإن لم يتموا العمل لم يستحقوا على عمل مورثهم شيئًا.

أما إذا كانت الجعالة موجهة إلى الجمهور فالظاهر أنهم يستحقون كل الجعل بالإتمام: بعضه ميراثًا وبعضه بعملهم لأنهم بذلك شاركوا مورثهم في إتمام العمل.

وقد قدمنا الحكم في استحقاق الجعل عند المشاركة في إتمام العمل.

(١) أسنى المطالب، ج٢، ص٤٤٣.



وعند مالك لا تبطل الجعالة بموت الجاعل بعد الشروع في العمل ولا بموت العامل فيلزم ورثة الجاعل بأداء الجعل من تركته عند تمام العمل بعد وفاته، ويقوم ورثة العامل بإتمام العمل بعد وفاته، وعندئذ يكون لهم الجعل بتمامه. ووجه هذا واضح فإن المتفق عليه أنه إذا اشترك في العمل أكثر من واحد قسم الجعل على من قام به، وإتمام العمل إنما كان بالعامل وورثته من بعده، فلا يعدو هذا اشتراكهم جميعًا في إتمامه، فوجب أن يستحقوا الجعل اتفاقًا.

ويرى علماء الفقه الغربي أن هذا الالتزام لا ينفسخ بوفاة الملتزم ولا بزوال أهليته وذلك لتمام الالتزام بصدور الإيجاب الذي أفصح عن الإرادة ولا تعلق للأهلية بها بعد ذلك، وبناء على ذلك ينتقل حق الرجوع عن الالتزام الذي كان للملتزم إلى ورثته فيجوز لهم من الرجوع ما كان لمورثهم منه ويمتنع عليهم منه ما يمتنع عليه على ما بينا[1].

---

(١) راجع حجازي، ج١، ص٦١٠.

(٤) الهبــــة

الهبة شرعًا تمليك عين مالية بلا عوض في حياة المملك - فخرج عن التعريف العارية لأنها تمليك منفعة، وكذلك الوقت لأنه أيضًا تمليك منفعة، والبيع لأنه تمليك بعوض، والإجارة لأنها تمليك منفعة بعوض، والوصية لأنها تمليك بعد وفاة المملك.

وقد يخص ضرب من الهبة باسم الصدقة إذا كانت الهبة لفقير، ولا يختص هذا الضرب بحكم ليس للهبة إلا عدم جواز الرجوع فيها لما سيأتي بيانه.

ركنها:

والهبة تصرف هو تبرع ينشأ بإرادة الواهب المنفردة، إذ هو من الواهب تصرف في خالص حقه دون أن يمس حق آخر، ولا يقابله التزام من الموهوب له فلم يتوقف وجوده ولا نشأته على إرادة طرف آخر؛ ولذا كان ركن الهبة هو الإيجاب الصادر من الواهب وبه يتحقق وجودها شرعًا وإن لم يقبلها الموهوب له - ذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء منهم أبو حنيفة وصاحباه.

وقد جاء في الهداية والوقاية أن ركنها الإيجاب.

ونقل القهستاني عن الخلاصة وغيرها أن القبول ليس يركن لها.

وفي الكرماني: الإيجاب في الهبة عقد تام.

وفي بدائع الصنائع أن الركن هو الإيجاب.

وفيه أيضًا عن زُفَر أن ركن الهبة الإيجاب والقبول لأنها عقد تمليك ولا يفيد عقدها الملك إلا بالقبول بعد الإيجاب، وروي عنه أيضًا أن قبض الموهوب كذلك ركن.

ويرى في كثير من كتب المذاهب الأخرى غير الحنفية أن ركنها الإيجاب والقبول.
وإلى هذا ذهب القانون المدني، ففي م ٤٨٧: لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو

نائبه، فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب، ومقتضى هذا أن الهبة لا تتم بالإرادة المنفردة لأنها عقد كسائر العقود لا ينشأ ولا يترتب عليه أثره إلا بالإيجاب والقبول.

وهذا النظر كما يبدو قد أسس على أن الملك لا يثبت للموهوب له إلا بقبوله، أما قبل قبوله فليس له ملك، وملك العين الموهوبة حينئذ إنما هو للواهب وإذ فلا يظهر فيها تصرف، ومن ثم لا يعد إيجاب الواهب تصرفًا فيها نشأ بإرادته المنفردة.

وفي رأيي أن الهبة بالنظر إلى أنها التزام وإيجاب من جانب واحد هو الواهب فيما هو خالص حقه لا يتوقف وجودها على قبول أحد كما قدمنا، وعلى أساس هذه النظرة كانت الهبة تبرعًا، وكانت إنما تنشأ بإرادة الواهب المنفردة، وكان ركنها الإيجاب فقط. وبالنظر إلى أنها سبب من أسباب التمليك تفيد ملك الموهوب للموهوب له أو دخول الموهوب في ملك الموهوب له، ولا يمكن أن يثبت للموهوب له ملك رغم أنفه ودون إرادته ورضاه، إذ ليس للواهب ذلك السلطان، قيل إنها عقد كسائر العقود وإنها تتوقف على القبول أو ركنها الإيجاب والقبول.

وفي الواقع لم يكن للقبول من أثر سوى ثبوت الملك للموهوب له بعد أن التزم الواهب بأن يختص به الموهوب له. وهذا القدر لا خلاف فيه بين جمهور الفقهاء فجمهورهم لا يرون أن الموهوب له يتملك بالإيجاب وحده رغم إرادته، وعلى ذلك فلا خلاف بين جمهور الفقهاء في أن الهبة تبرع ينشأ بإرادة الواهب المنفردة، وأن الملك المترتب عليها للموهوب له لا يثبت له إلا بقبوله ثم يقبضه وإن ذهب بعض المالكية إلى أن الملك بها لا يفتقر إلى القبول. ذكره ابن رشد.

ومما يؤيد هذا أن التزام الواهب أو إيجابه قد لا يكون موجهًا إلى شخص بعينه يطلب قبوله، وأنه قد يوجه إلى الجمهور كالذي يقول: للناس جميعًا أن يأكلوا من ثمر بستاني هذا فمن أخذ منه شيئًا فهو له، فإذا أخذ إنسان منه شيئًا ملكه.

ومثله ما لو قال شخص لجماعة من الناس وهبت دابتي هذه لأحدكم فمن أخذها منكم فهي له، فأخذها أحدهم كانت ملكًا له.

وجاء في حاشية أبي السعود: إن من قال من تناول شيئًا من مالي فهو له، فتناوله إنسان من غير أن يعلم، كان له، وهذا وأمثاله أقرب إلى ألا يعد عقدًا بالمعنى الذي اصطلح عليه فقهاء التشريع الوضعي، لأن العقد لا يكون إلا بين شخصين معينين، بل هو شبيه بالجعالة في توجه الإيجاب فيها إلى الجمهور وهم لم يجعلوها من قبيل العقود، بل التزامًا بإرادة منفردة، وقد جعل صاحب البحر هذا وأمثاله من قبيل الهبة.

وفي الهندية عن محمد - رحمه الله تعالى - في آخر كتاب الهبة من المتفرقات أن ذلك بمنزلة الهبة. ويؤيد هذه الفكرة أيضًا ما ذهب إليه بعض الفقهاء من الحنفية[1] وغيرهم، من أنه يجوز للمالك أن يتنازل عن ملكه لشيء معين فيتركه بإرادته المنفردة فيصير مباحًا يملكه من يستولي عليه. إذ الهبة لا تعدو أن تكون تنازلاً عن الملك للموهوب له فيتم تنازل الواهب بإرادته المنفردة. ولكنه مشروط بأن يكون لشخص معين. فكان في الواقع مشروطًا بشرط فلا يتحقق بدونه[2]. وعلى أية حال فهذا كله أمر نظري بحت إذ إن الهبة من النظرة الواقعة لا تتم ولا يظهر لها أثر في الخارج إلا بالقبول من الموهوب له.

ومما يناسب ذكره في هذا المقام للبيان والإيضاح أن الصغير ومن هو في حكمه إذا وهبه من هو في ولايته أو في حضانته أو في كنفه شيئًا من ماله تمت الهبة وثبت الملك

---

(١) ومن الحنفية من ذهب إلى أنه لا يزول ملكه عنه، غير أن ذلك يفيد إذن الغير بالانتفاع، فإذا أخذه إنسان كان لصاحبه أن يسترده منه (حموي على الأشباه والنظائر، ج٢، ص ١٠٥).
ومن هذا الفريق من ذهب إلى أن الترك إذا كان مصحوبًا بقول يفيد التمليك ملكه من أخذه، ويكون أخذه سببًا في تملكه، كالقبول؛ ومنهم من يقول لا يترتب عليه تمليك ويظل ملكه لصاحبه. مأذونًا في الانتفاع به، وإذا استهلكه إنسان لم يضمنه لأنه يعد مسلطًا عليه. وعلى القول بإفادته التمليك وثبوت الملك لمن أخذه لا يكون لصاحبه حق استرداده بالرجوع في إرادته. وليس يشترط في هذه الحال أن يكون الأخذ في مجلس الترك.
وذهب الشافعي وأحمد إلى أن ترك المالك لملكه لا يخرجه عن ملكه على أصح القولين، لأن رفع اليد عن الشيء المملوك ليس سببًا لزوال الملك - والقول الثاني أنه يزول بذلك ملكه - وقد نص الحنابلة على أن المتروك إذا كان شيئًا تافهًا مما لا يرغب فيه عادة زال الملك به عنه "كشاف القناع، ج٤، ص ١٣٤"، وهذا في جملته يؤيد ما ذهبنا إليه في الهبة من بيان شرحناه.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير، ج٤، ص ١٠٣.

له دون توقف على قبول منه أو قبض، ذلك لأن الإيجاب بها حينئذ متضمن معنى قبولها باعتباره صادرًا ممن له النيابة عن الموهوب له، ولأن قبضه للمال قائم مقام قبض الموهوب له الذي هو في ولايته.

ومثل ذلك هبة الدين للمدين تتم بالإيجاب وحده، لأنها في معنى الإبراء والإسقاط، وعلى هذا الأساس يمكن أن يقال أنه لا يترتب عليها ثبوت ملك للمدين بتوقف ثبوته على قبوله، وإن كان من جهة أخرى تفيد تمليك المدين الدين وذلك ما يقتضي توقفها على قبوله، ولكنهم غلبوا الناحية الأولى وهي ناحية الإسقاط وهذا هو رأي الجمهور، ومن الفقهاء من اشترط لتمامها القبول مراعاة لجانب التمليك فيها وسيأتي لذلك زيادة بيان عند الكلام عن الإبراء.

حكم إيجاب الواهب وأثره:

جمهور الفقهاء على أن للواهب أن يرجع عن إيجابه في الهبة قبل قبول الموهوب له وبعد قبوله قبل قبضه الموهوب، أما بعد قبضه الموهوب فله ذلك بشروط سنذكرها فيما بعد، ومن الفقهاء من خالف ذلك كما سيأتي.

وفي التشريع الوضعي أن الواهب له أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر كما هو الشأن في سائر عقود التمليكات، أما بعد قبول الطرف الآخر فإن الهبة تكون قد تمت بقبوله فيكون رجوعه عن إيجابه عدولاً غير مقبول على هذا الوضع، وإنما يعد رجوعًا في الهبة تطبق عليه أحكام الرجوع فيها التي سنشير إليها فيما يأتي. ذلك لأن تمام الهبة لا يتوقف على القبض في نظر القانون بل تتم بالإيجاب والقبول.

وعلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة يرى أن التزام الواهب بما التزم به لا يجب عليه أن يمضي فيه، بل يجوز له العدول عنه قولاً أو فعلاً متى كان ذلك قبل القبض، وذلك بأن يتصرف في الموهوب فيخرجه عن ملكه مثلاً، ونتيجة ذلك أن الواهب لا يطالب قضاء بتسليم ما وهبه إلى الموهوب له؛ لأن ذلك ليس واجبًا عليه قضاء، ولا مطالبة إلا بواجب. وقد علمت أن هذا الضرب من الالتزام لا يسمى التزامًا في عرف

الفقه الغربي لأنه لا يرى الالتزام إلا أمرًا يوجبه القانون ويجبر صاحبه على المضي فيه ولا يملك العدول عنه.

وذهب مالك وأصحابه إلى أن الواهب لا يملك العدول عن التزامه في الهبة، فلا يملك الرجوع عن إيجابه بها سواء أكان الموهوب له وهو من وجه إليه الإيجاب حاضرًا أو غائبًا، عالمًا بالهبة أو جاهلاً بها، فإن امتنع عن تسليم الموهوب إلى الموهوب له أجبر على التسليم بقضاء القاضي، حتى لو تسلم الموهوب له المال الموهوب بدون إذن الواهب ولو جبرًا عنه صح تسلمه وتم له الملك فيه؛ ذلك لأن الأصل عند مالك وأصحابه أن المعروف لازم لمن أوجبه على نفسه ما لم يمنع من ذلك مانع، والهبة نوع من المعروف وهي تتحقق بالإيجاب وحده على ما بينا، وعلى هذا الرأي يظهر أنها التزام يتم بالإرادة المنفردة.

أما على قول الجمهور فللواهب أن يرجع عن إيجابه كما هو الشأن في جميع عقود التمليكات ولا يجبر على تسليم الموهوب، إذ إنه متبرع محسن وما على المحسنين من سبيل، وعلى ذلك ليس للموهوب له أن يقبض الموهوب بدون رضاه، وإذا فعل ذلك كان غاصبًا. وهاك رأي المذاهب في الهبة.

مذهب مالك: تلزم الهبة بالإيجاب، وبه وحده يتملك الموهوب له ما وهب إياه على رأي بعضهم.

ويرى آخرون أنه لا يمتلكه إلا بقبوله أو قبول وارثه. ولكن هذا الملك لا يتم على هذين الرأيين ولا يستقر إلا بالحيازة أو ما يقوم مقامها فإذا حصلت الحيازة أو ما يقوم مقامها قبل أن يوجد مانع من الموانع أصبح الموهوب ملكًا لازمًا مستقرًّا للموهوب له، ولكن للواهب حق الاعتصار كما سيأتي بيان ذلك. ومن المالكية من ذهب إلى أنها لا تملك إلا بالقبض.

وبناءً على ذلك إذا باع الواهب ما وهبه بعد إيجابه بالهبة وقبل أن يحوزه الموهوب له فإن كان ذلك قبل أن يعلم الموهوب له بالهبة أو كان بعد أن علم بها ولكنه لم يفرط



بعد علمه في الحوز وطلبه بأن جد في طلب ذلك، فعند ذلك يخير الموهوب له بين أمرين: أن يفسخ البيع ويسترد الموهوب ممن اشتراه - وأن يجيز البيع ويأخذ الثمن.

وإن كان البيع بعد أن علم الموهوب له بالهبة ولكنه فرط في الحيازة وطلبها بعد علمه كان البيع ماضيًا. والثمن للموهوب له لأنه المالك على القول الراجح عند المالكية: وكان القياس أن يخير في هذه الحال أيضًا بين أن يجيز البيع وبين أن يرده لأن الواهب يعد حينئذ فضوليًا في بيعه - إلا أنه روعي في هذا الحكم أن الملك لا يستقر إلا بالحيازة أو أن به ضعفًا عند عدم جد الواهب في طلبها وكأنه لذلك غير راغب في العين الموهوبة، وكانت رغبته عنها في حكم إجازة هذا التصرف.

مذهب مالك:

هذا، ولا يشترط قبول الهبة عند المالكية في مجلس الإيجاب بل للموهوب له أن يقبلها في أي مجلس بعد العلم بها. بل وله أن يقبلها بعد وفاة الواهب حتى على القول باشتراط القبول في تملك الموهوب له العين الموهوبة: وحاصل القول في ذلك كما ذكره الدسوقي[1] أن الهبة إذا كانت لمن هي في يده عارية أو وديعة أو دينًا عليه وقبلها الموهوب له في حياة الواهب صحت اتفاقاً، وإن لم يقبلها حتى مات الواهب وكان عالمًا بها فقيل بعد وفاته أو لم يقبلها بطلت عند ابن القاسم وصحت عند أشهب. وإن لم يعلم بها حتى مات الواهب بطلت الهبة اتفاقًا بموته إلا على رواية أن الهبة لا تفتقر إلى القبول كما نقله ابن رشد:

أما إذا كانت لغير من هي في يده بطلت بموت الواهب قبل الحوز في الصور الثلاث المتقدمة، وهي ما إذا قبل في حياة الواهب أو قبل بعد وفاته وكان يعلم بها أو كان لا يعلم بها حتى توفي فقبل بعد وفاته وبعد علمه بها. على هذا فالقبول بعد الموت لا يصح إلا عند أشهب فيما ذكرناه كما يصح أيضًا فيما إذا قبضها الموهوب له ليتروى أيقبلها أم لا. وقد ذهب القانون إلى أن الإيجاب لا يبطل بموت الواهب، فقد جاء في المادة ٩٢ مدني: إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل

(١) حاشية الدسوقي، ج٤، ص١٠٣.

أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه - هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة العمل - وهذه المادة عامة تتناول عقد الهبة وغيره -.

وعلى الجملة ففقهاء المالكية يرون أن حق القبول ثابت للموهوب له على هذا الوضع، فإذا توفي كان لورثته من بعده - وترتد الهبة برده وبرد ورثته من بعده في مجلس الإيجاب وبعده، فإذا ردت بطل الإيجاب فلم يجز بعد ذلك قبولها.

وانتقال حق القبول إلى ورثة الموهوب له من بعد يشترط فيه ألا تقوم قرينة على أن الواهب إنما قصد بهبته شخص الموهوب له فإذا قامت قرينة على ذلك بطلت الهبة بوفاة الموهوب له قبل قبولها وردها.

وتملك الهبة بالقبول على المشهور، وقيل بالعقد إثر الإيجاب والقبول وقيل بالقبض.

وقال ابن عبد السلام القبول فيها ركن فتبطل بانعدامه، والقبض شرط أي الحيازة، ويقوم الوارث مقام الواهب في القبول كما قدمنا، وهو يرى أن الهبة من غير حيازة صحيحة غير لازمة[1]، والذي يقوم مقام الحيازة:

أولاً: أن يجد الموهوب له في طلبها والواهب بمنعه أو يسوف حتى يموت، فعند ذلك لا تبطل الهبة بموته. ومن صور ذلك أن يخاصم الموهوب له الواهب في طلب الهبة قبل المانع ثم يموت الواهب أثناء الخصومة أو قبل قبض الموهوب.

ثانيًا: أن يتصرف الموهوب له في العين الموهوبة قبل أن يحوزها وقبل المانع ببيع أو هبة، غير أنه في الهبة يشترط الإشهاد عليها.

أما موانع الحيازة فهي:

أولاً: الدين، المحيط بمال الواهب سواء أكان ثابتًا قبل الهبة أو بعدها وبطلانها في الحالة الأولى بالاتفاق، وفي الثانية على المشهور في المذهب.

(١) راجع شرح الكبير والدسوقي عليه، ج٤، ص ٩٨ وما بعدها.



ثانيًا: موت الواهب، وذلك مراعاة لانتقال الملك بموته إلى ورثته ذلك لأن حق الوارث في الميراث ثابت بالإجماع بخلاف حق الموهوب له في الموهوب وهذا هو رأي جمهور المالكية.

ويلاحظ أن أشهب لا يرى بطلانها بوفاة الواهب إذا كانت لمن هي في يده وعلم بها قبل وفاته ولم يقبلها إلا بعد الوفاة وكأنه اعتبرها محوزة قبل وفاة الواهب بوجودها في يد الموهوب له - كما يصح قبولها بعد موت الواهب إن قبضها الموهوب له في حياته ليتروى في أمره هل يقبلها أم لا، ثم بدا له أن يقبلها بعد موته كما تقدم - ففي هذه الحال لا تبطل الهبة بالموت لوجود الحيازة قبله.

ثالثًا ورابعًا: خروج الواهب عن أهليته بالجنون أو المرض المتصلين بموته - وعلى ذلك لابد من الانتظار إلى الموت أو البرء.

فإذا وجد أحد هذه الموانع قبل الحيازة أو ما يقوم مقامها بطلت الهبة.

أما إذا وجدت بعد الحيازة أو ما يقوم مقامها فلا تأثير لها.

وإذا كان الموهوب مجهولاً صحت الهبة كأن يهب ما في جيبه وهو لا يعلمه. ولو ظنه قليلا فإذا هو كثير وتلزم في هذه الحال، قاله ابن عبد الحكم. وقال ابن القاسم لا تكون لازمة فيكون له الرجوع وهو قول ضعيف "دسوقي".

مذهب الحنفية:

الهبة عند الحنفية غير لازمة ولا يترتب عليها أثرها إلا بالقبض، وهي بعد القبض أيضًا غير لازمة ما لم يوجد مانع يمنع من الرجوع فيها، وإذا مات الواهب قبل القبض بطلت وكان الموهوب لورثته، وإذا مات الموهوب له قبل القبض بطلت أيضًا، وإذا توفي أحدهما قبل القبول بطلت، وهو مذهب الشافعي وأحمد.

ويجب فيها القبول في مجلس الإيجاب، ولا يفيد القبض أثره إلا إذا كان بإذن الواهب، غير أنه إن قبضه في مجلس العقد اعتبر مأذونًا في هذا بالقبض بناءً على إيجاب الواهب إذن ما لم ينهه الواهب.

وإذا كان الموهوب في يد الموهوب له استغنى عن القبض، غير أنه لابد من قبول الهبة في هذه الحال قولاً، ولا يستغنى عن القبول بوجود الموهوب في يد الموهوب له قبل الإيجاب.

مذهب الشافعي:

لا تصح الهبة إلا بإيجاب وقبول على الفور. أي قبول في مجلس الإيجاب. وقيل يصح القبول على التراخي. ولا تملك إلا بالقبض. ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب، لأنه سبب لنقل الملك فلا يجوز من غير إذن المالك.

فإن مات الموهوب له أو جن أو أغمى عليه أو حجر عليه لسفه، ففي حال موته يقوم وارثه مقامه. فإن شاء قبض وإن شاء لم يقبض. وقيل تبطل الهبة عندئذ بموته. والأول هو المعتمد.

وفي حال الجنون والسفه يقوم ولي السفيه والمجنون مقام موليهما في القبض وينتظر إفاقته حال الإغماء. وإذا مات الواهب فلورثته الخيار في إقباض الهبة أو عدم إقباضها.

ويثبت الملك للموهوب له في الهبة من وقت القبض لا من وقت العقد وهو مذهب الحنفية ومتى تم القبض صحيحًا ملك الموهوب له الشيء الموهوب ملكا لازمًا لا رجوع فيه إلا في هبة الوالد أو الأم أو الجد على ما سيأتي وتقوم المعاطاة في الهبة مقام الإيجاب والقبول.

وذهب الشافعي في المذهب القديم إلى أن الملك في الموهوب يحصل بنفس العقد وإن لم يقع قبض وهو مذهب أهل الظاهر وابن أبي ليلى وبه أخذ القانون.

وذهب بعض الفقهاء إلى التفرقة بين الهبة والصدقة فقالوا إن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة بخلاف الصدقة فإنها تجوز وإن لم تقبض:

مذهب أحمد:

ولا يختلف مذهب أحمد عن مذهب الحنفية إلا فيما يأتي:

أولاً: أنه إذا مات الواهب قبل القبض قام وارثه مقامه في المضي في الهبة وفسخها على قول في مذهب أحمد وقيل تبطل بموته. وهو مذهب الحنفية.

ثانيًا: أنه إذا مات الموهوب له بعد قبوله وقبل قبضه قام وارثه مقامه في طلب الهبة على قول في مذهب أحمد وقيل تبطل بموته وهو مذهب الحنفية.

ثالثًا: أن الموهوب إذا لم يكن مكيلاً ولا موزونًا فإن الملك يثبت فيه بمجرد العقد (الإيجاب والقبول على الراجح) ويلزم العقد حينئذ. وهذا هو الراجح في مذهب أحمد وفي رواية لا يلزم الملك إلا بالقبض في جميع الأحوال. والفرق بين المكيل والموزون وغيرهما أنها لا يتعينان بخلاف القيمي فانصبَّ التعاقد على عينه وبذلك استغنى عن القبض فيه. ويرى الحنفية أن لا فرق بين مثلي وقيمي في عدم ثبوت الملك بالعقد ولا ملك فيهما إلا بالقبض.

وخلاصة ما تقدم أن في لزوم الهبة وانتقال الملك بها أربعة أقوال:

١- أنها تلزم وتملك بالقبض. وليس للواهب الرجوع إلا في بعض صور سيأتي بيانها وهو مذهب الشافعي على المعتمد ومذهب الشيعة الجعفرية وأحمد في المكيل أو الموزون وإن لم يتفقوا في جميع المسائل المستثناة.

٢- أنها تلزم وتملك بالقبول قبل القبض. وهو مذهب أهل الظاهر وابن أبي ليلى وبعض الزيدية وأبي ثور والشافعي في القديم وأحمد في غير المكيل والموزون وبه أخذ القانون المدني.

٣- أنها لا تلزم أصلاً إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع وإنما ينتقل الملك بها بعد القبض، وهو مذهب أبي حنيفة.

٤- أنها تلزم بالقول أي بالإيجاب والقبول وعدم الرد، وهو مذهب مالك. وفي ثبوت الملك بها بالإيجاب، أو بالعقد أو بالقبض روايات كما تقدم.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، بخلاف الصدقة فتملك بالعقد وإن لم يحدث قبض.

هذا، ويلاحظ أن الهبة بشرط العوض ليست من التبرعات بل تعد عقد معاوضة فلابد فيها من الإيجاب والقبول.

حكم الهبة:

إذا تمت الهبة مستوفية شروطها ترتب عليها حكمها وهو انتقال ملك الموهوب إلى الموهوب له، وذلك محل اتفاق بين العلماء، ولكنهم اختلفوا على ثلاثة مذاهب في لزومها وجواز الرجوع فيها:

١- إنه لا يجوز الرجوع في الهبة بأية حال من الأحوال، وقد حكى ابن رشد هذا القول عن أهل الظاهر، وهي رواية عن أحمد نص عليها في المغني، واستدلوا بحديث **"العائد في هبته كالعائد يعود في قيئه"**[1]، متفق عليه. قال قتادة: ولا أعلم القيء إلا حرامًا.

٢- إنه لا يجوز الرجوع في الهبة إلا فيما ورد فيه نص، وهي هبة الوالد لولده وإن سفل، فيجوز له أن يرجع فيما وهبه لولده بدون رضاه عملاً بحديث: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده". وليس يتوقف على القضاء، وهذا مذهب الجمهور. وعلى هذا فيتم ذلك بإرادة الواهب المنفردة.

٣- إن الأصل في الهبة جواز الرجوع فيها إلا إذا ورد دليل بالمنع، والموانع سبعة جاءت بها الأدلة، وهذا مذهب الحنفية والإمام زيد.

ولا يتم الرجوع على هذا الرأي إلا برضا الموهوب له أو بقضاء القاضي، بحيث يبقى الموهوب ملكًا للموهوب له بعد قبضه وبعد إعلانه الواهب رغبته في الرجوع حتى يحكم القاضي به للواهب، ويجوز في بعض الهبة كما يجوز فيها كلها، وليس يضيرها حينئذ الشيوع لأنه شيوع طارئ، بعد تمامها.

أما الرجوع فيها عند غير الحنفية فلا يتوقف على قضاء القاضي ولا على قبول الموهوب له فيتم بإرادة منفردة من الواهب.

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٩٢٤، رقم ٢٤٧٨)، ومسلم (٣/ ١٢٤١، رقم ١٦٢٢) وغيرهما.

أما القانون المدني فقد ذهب إلى أن الأصل في الهبة عدم جواز الرجوع، فلا يجوز الرجوع فيها إلا لعذر أو باتفاق بين الواهب والموهوب له، وعندئذ يكون ذلك إقالة للهبة لا رجوعًا بإرادة منفردة، وإذا ما وجد العذر المبيح للرجوع وأبى الموهوب له الإنفاق كان للواهب أن يلجأ إلى القضاء في ذلك ما لم يمنع مانع من الرجوع وهي الموانع الآتي بيانها.

رأي الشافعي في الرجوع:

إن كانت لغير الولد وإن سفل لم يملك الواهب رجوعًا فيها بعد قبضها، وإلا ملك، وفي كفاية الأخبار أن ذلك الحق يثبت للأم والجدة كما يثبت للأب والجد، وقيل لا رجوع إلا للأب والأم فقط، وقيل إنما هو للأب فقط، اقتصارًا على مورد النص - ولا رجوع إذا تعلق بالموهوب حق غير الموهوب له كما إذا أفلس الموهوب له فحجز عليه أو رهنه عند دائنه.

مذهب أحمد:

للأب فقط الرجوع فيما وهبه لولده، وإليه ذهب مالك والأوزاعي وإسحق وأبو ثور وعن أحمد ليس له الرجوع.

وليس هذا الحق لغير الأب على الرأي الأول، ولا يتوقف على رضا من الموهوب له ولا على قضاء من القاضي بل يتم بإرادته المنفردة بشروط أربعة:

١- أن يظل الموهوب في ملك الولد، فإن خرج من ملكه لم يصح له الرجوع، وكذلك لو عاد بسبب جديد لا يجوز فيه الرجوع.

٢- ألا يتعلق به حق لغير الموهوب له كمرتهن أو دائن.

٣- ألا يتعلق به رغبة لغير الولد، فإن تعلقت به رغبة لغيره كأن رغب الناس فيه فأدانوه أو زوجوه ففي ذلك روايتان.

٤- ألا تزيد العين في يده زيادة متصلة كالسمن، فإذا زادت ففي ذلك روايتان.

مذهب مالك:

للأب أن يعتصر (أي يأخذ) ما وهبه لولده قهرًا عنه بلا عوض مطلقًا غنيًّا كان أو فقيرًا، سفيهًا أو رشيدًا، وليس ذلك للجد، أما الأم فإن كان الولد كبيرًا عن الهبة كان لها الاعتصار، سواء كان للولد أب أم لا، وإن كان صغيرًا كان لها الاعتصار إن كان له أب وقت الهبة.

ويسقط حقه في الاعتصار لأحد الموانع الآتية:

١- أن يزيد الموهوب أو ينقص، لا إن تغيرت قيمته بسبب اختلاف الأسعار.

٢- أن يقصد الناس مداينة الولد أو تزويجه للهبة له لكونه أصبح بها موسرًا.

٣- مرض الموهوب له مرض الموت، فلا اعتصار حال مرضه إلا إذا كانت الهبة حال مرضه.

٤- مرض الوالد مرض الموت فلا اعتصار حال مرضه إلا إذا كانت الهبة حال المرض، وإذا شرط الأب أن يرجع فيما تصدق به على ولده أو فيما أعطاه له على وجه الصلة كان له الرجوع عملاً بشرطه، ومثله الأم في ذلك. كما أنه يعمل بالشرط عند شرطهما عدم الرجوع في الهبة.

مذهب الحنفية:

الأصل في الهبة الرجوع - ويتوقف على الرضا من الموهوب له أو القضاء به، ولا يجوز التنازل عنه من الواهب، وإذا صالح عنه صح، وكان بدل الصلح عوضًا عن الهبة يمنع الرجوع فيها. ويمنع الرجوع ما يأتي:

١- العوض، فإن عوض الموهوب له الواهب عن هبته امتنع عليه الرجوع - وإنما يمنع إذا صرح بذلك الموهوب له عند الإعطاء، أما إذا لم يذكر ذلك كان هبة مبتدأة ويصح أن يكون العوض من أجنبي.

٢- القرابة التي تحرم الزواج عند الهبة ولو كان الموهوب له غير مسلم.

٣- قيام الزوجية بين الواهب والموهوب له عند عقد الهبة ولو قبل الدخول، ويظل المنع وإن حدثت فرقة.

٤- موت الواهب أو الموهوب له.

٥- هلاك الموهوب أو تغيره إلى حالة يزول معها اسمه.

٦- خروج الموهوب من ملك الموهوب له.

٧- زيادة الموهوب زيادة متصلة متولدة أم غير متولدة - أما زيادة الأسعار فلا تمنع الرجوع وكذلك نقصها. وإذا كانت بسبب نقل الموهوب إلى مكان آخر منعت - وبهذه الموانع أخذ القانون المدني كما سنبين.

ويجوز الرجوع عن الهبة كلها وعن بعضها، ولا يضيرها عند ذلك الشيوع لأنه شيوع طارئ - ويعتبره الحنفية فسخًا.

أما الصدقة فلا رجوع فيها.

هذا، ولا يرى الحنفية جواز إضافة الهبة ولا تعليقها، فإن أضيفت أو علقت فسدت لأنها من عقود التمليك، ويرى مالك جواز إضافتها، فقد ذكر الخطاب في التزاماته قال شخص لآخر: إذا جاء الوقت الفلاني فلك عندي كذا وكذا فإنه يلزمه إذا جاء هذا الوقت وهو صحيح غير مفلس، ويظهر أن ذلك يستلزم أيضًا جواز تعليقها عنده إذ لا فرق بين الإضافة والتعليق في المعنى عنده.

الرجوع عن الهبة في القانون:

تتم الهبة في نظر القانون بالإيجاب والقبول دون توقف على القبض، ويجب أن تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر، وإذا كان الموهوب منقولاً تمت وأفادت أثرها بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية، ولكنها مع ذلك تلزم بالإيجاب والقبول (م ٤٨٨، ٤٩٣)، وينتقل بها الملك إذا ما سجل العقد طبقًا لما تقضي به قوانين التسجيل والشهر إذا كان الموهوب عقارًا، وعلى ذلك يرى أنها في نظره عقد من العقود ولا تعد التزامًا ينشأ بالإرادة المنفردة.

ويجوز الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالقضاء لعذر مقبول إلا إذا وجد مانع (م٥٠٠) وعلى ذلك يمتنع بالرجوع إذا لم يوجد العذر المقبول، وقد ذكر القانون في المادة ٥٠١ ثلاثة أمثلة للعذر لا على سبيل الحصر وهي:

١- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحودًا كبيرًا من جانبه.

٢- أن يصبح الواهب عاجزًا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

٣- أن يرزق الواهب بولد بعد الهبة ويظل حيًّا إلى وقت الرجوع، وأن يكون للواهب ولد ظنه ميتًا فظهر أنه حي.

ويرفض طلب الرجوع في الهبة أمام القاضي إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

١- الزيادة المتصلة، متولدة كانت أم غير متولدة، بشرط أن تزداد بها قيمة الموهوب وإلا لم تمنع.

٢- موت أحد المتعاقدين.

٣- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفًا نهائيًّا - فإذا اقتصر التصرف على بعضه جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

٤- الزوجية القائمة وقت الهبة، وهي تمنع الرجوع بعد انتهائها.

٥- إذا كانت الهبة لذي رحم محرم من الواهب.

٦- هلاك الموهوب في يد الموهوب له، سواء أكان الهلاك بفعله أم بحادث أجنبي فلابد له فيه، أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعضه جاز الرجوع في باقيه.

٧- التعويض عنه للواهب.

ولا يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت صدقة أو عملاً من أعمال البر (م ٥٠٢ مدني).

(٥) العمرى والرقبى

العمرى والرقبى ضربان من ضروب التبرع، وقد يكون التبرع فيهما تبرعًا بالعين وقد يكون تبرعًا بمنفعتها دون رقبتها على حسب اختلاف الأحوال والمذاهب كما سيتضح ذلك.

وعلى أن التبرع فيهما تبرع بالعين محل التصرف يكونان ضربين من ضروب الهبة، وعلى أن التبرع فيهما إنما هو تبرع بمنفعة العين محل التصرف يعتبران من العارية أو من الحبس - ولذا يشترط فيهما ما يشترط في التبرع من الحوز وغيره من الشروط على حسب اختلاف المذاهب في ذلك.

وصورة العمرى أن يقول الإنسان لآخر أعمرتك داري مثلاً، وهي لك عمري أو عمـرك أو ما عشت أو حياتك أو نحو ذلك، وسميت بالعمرى لتقييدها بالعمر.

وصورة الرقبى أن يقول أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، أو يقول: داري لك رقبى إن مت قبلك فهي لك، أي ارتقب موتي حتى إذا مت كانت الدار ملكًا لك، ومن صورها أن يتفق شخصان لكل منهما دار على أن تكون الداران ملكًا لآخرهما موتًا، أي أن تكون دار من مات منهما أولاً ملكًا للآخر مضمومة إلى داره. وسميت رقبى من الرقوب والترقب إذ إن كلا من طرفيها يرتقب موت صاحبه.

وهذا النوع من التبرع كان معروفًا في العرب قبل الإسلام: وكانت عاداتهم فيه رجوع الشيء المعطى إلى صاحبه بعد موت من أعطي له، ووردت فيه أحاديث عديدة سنعرض لبعضها عند بيان مذاهب الفقهاء فيه.

والعمرى غير جائزة عند بعض الفقهاء أخذًا بحديث "**لا تعمروا**"[١]. وهذا رأي ضعيف كما سيتضح ذلك فيما يأتي:

---

(١) أخرجه النسائي (٢/ ١٣٦)، وأبو داود (٣٥٥٦)، والطحاوي (٢/ ٢٤٨)، والبيهقي (٦/ ١٧٥)، وانظر إرواء الغليل (٦/ ٥٢).

وقد ذهب الجمهور إلى جوازها، وأن محل التصرف فيها هو رقبة العين، فينتقل بها ملك العين إلى من أعطيت له وهو المعمر "بالفتح" وقد نقل هذا عن جابر وابن عمر وابن عباس وشريح ومجاهد وطاووس وهو مذهب أهل الرأي بما فيهم الحنفية والشافعي والثوري والزيدية.

واحتجوا بعدة آثار منها ما ورد عن النبي ﷺ فيما رواه أبو هريرة قال: **"العمرى ميراث لأهلها"**[1] أو قال: "جائزة". متفق عليه، وما رواه ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: **"العمرى جائزة لمن أعْمِرَها"**[2].

وذهب مالك والليث إلى أنها جائزة أيضًا ولكنها من قبيل تمليك المنافع فيكون محل الملك فيها المنفعة لا الرقبة، وهي كالهبة في الحوز بمعنى أن حوز المعطى "بالفتح" قبل حدوث المانع منه شرط في تمامها، وعلى ذلك تلزم بالقول، ويجبر المعمر "بالكسر" على دفعها للمعمر ليحوزها، فإن حصل مانع قبل أن يحوزها بطلت إن لم يحصل من المعمر "بالفتح" جد في طلبها قبل المانع[3]، فإذا توفي المعمر "بالفتح" عاد الشيء المعطى إلى مالكه أو إلى ورثته عند وفاته لا إلى ورثته عند رجوع الشيء المعطى إليه هو أحد قولين للشافعي.

وعلى هذا إذا توفي المعمر "بالفتح" عادت العين إلى من أعمرها إذا لم يجعلها بعد وفاة المعمر "بالفتح" لعقبه فإن جعلها لعقبه بعد وفاته كانت لهم بعد وفاته، حتى إذا انقرضوا عادت العين إليه أو إلى ورثته كما تقدم.

قال عبد الرحمن بن القاسم سمعت مكحولاً يسأل القاسم بن محمد فقيه المدينة عن العمرى: أما يقول الناس فيها، فقال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٤٨، رقم ١٦٢٥)، والنسائي (٦/ ٢٧٠، رقم ٣٧١٥) وغيرهما.
(٢) أخرجه أحمد (١/ ٢٥٠، رقم ٢٢٥٠)، والنسائي (٦/ ٢٦٩، رقم ٣٧١٠).
(٣) الشرح الكبير والدسوقي، ج٤، ص١٠٨.

 

ونقل عن ابن الأعرابي أن العرب لم يختلفوا في العمرى أنها على ملك أربابها وأن منافعها لمن جعلت له، ويرد على هذا القول ما روي عن جابر عن النبي ﷺ أنه قال: "**أمسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها، فإن من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيًّا وميتًا ولعقبه**"[1]. وروي عنه أنه ﷺ قال: "**العمرى لمن وهبت له**"[2].

ويرى الجمهور أن العمرى المطلقة كالعمرى المؤيدة وأن التأبيد يعد تأكيدًا لحكمها - وإذا اقترنت بشرط رجوعها إلى المعمر بعد وفاة من أعطيت له فهو شرط فاسد عند الحنفية والشافعية يبطل وتصح معهم عندهم، فيكون حكمها كالمؤبدة. وعن أحمد في ذلك روايتان.

إحداهما: صحة العمرى والشرط، فإذا توفي المعمَّر "بالفتح" رجعت إلى صاحبها، وبه قال القاسم بن محمد والزهري ومالك وأبو سلمة ابن عبد الرحمن وابن أبي ذئب وأبو ثور وداود وهو أحد قولي الشافعي. وسنده ما روي عن جابر: إنما العمرى التي أجازها النبي ﷺ أن يقول الإنسان هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها[3].

وروى مالك في موطئه عن جابر أن النبي ﷺ قال: "**أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها أبدًا**"[4] لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

ثانيهما: أن الشرط باطل والإعطاء صحيح ويكون مؤبدًا، وهو قول الشافعي في الجديد ومذهب الحنفية.

---

(١) أخرجه الطيالسي (ص ٢٤٠، رقم ١٧٤٣)، والنسائي (٦/ ٢٧٤، رقم ٣٧٣٧)، وابن أبي شيبة (٤/ ٥١٠، رقم ٢٢٦٣٠).

(٢) أخرجه الطيالسي (ص٢٣٥، رقم ١٦٨٧)، ومسلم (٣/ ١٢٤٦، رقم ١٦٢٥)، وأبو داود (٣/ ٢٩٤، رقم ٣٥٥٠) وغيرهم.

(٣) أخرجه مسلم (٥/ ٦٨)، وأبو داود (٣٥٦٠) وغيرهما.

(٤) موطأ الإمام مالك (٨٠٩).

وسند ذلك ما رواه أحمد عن النبي ﷺ قال: "**لا عمرى، ولا رقبى، فمن أُعمر - بالبناء للمجهول - شيئًا أو أرقبه فهو له حياته وموته**"[1]، فالحديث لم يفرق بين مقيد ومطلق، وكثير من الفقهاء يرى تخصيص الحديث بحال ذكر الشرط لروايات أخرى فإذا ذكر الشرط عمل به وكانت مؤقتة بالشرط، وأن العمرى في حال ذكر هذا الشرط عارية مؤقتة محلها المنفعة فنرجع إلى المعمر بعد موت المعمر "بالفتح" وهو رأي الجمهور ومذهب أهل الظاهر ورجحه جماعة من الشافعية وعلى ذلك يصح العقد والشرط.

أما الرقبى فهي من المراقبة كما ذكرنا وذلك لما فيها من ترقب الموت لأن فيها يترقب الشخص موت صاحبه ليكون له ما أرقبه صاحبه له؛ كما يتضح لك من الأمثلة الآتية وفيها ورد حديث زيد بن ثابت: "**لا ترقبوا؛ من أرقب شيئًا فهو سبيل الميراث**"[2]. وفي لفظ أن النبي ﷺ قال: "**الرقبى جائزة**"[3]. وفي رواية أن النبي ﷺ جعل الرقبى للذي أُرقِبَها[4] "بالبناء للمجهول"، وفي لفظ: جعل الرقبى للوارث[5].

وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها تمليك العين في الحال لآخر بلفظ الرقبى أو ما في معناه مع اشتراط استردادها إليه بعد موت من أعطيها، وهي على هذا التعريف ضرب من العمرى لأنها تمليك مؤقت بعمر من أعطيت له، وروي هذا التعريف عن أحمد، وإلى هذا ذهب أبو يوسف فقال بصحتها مع بطلان شرط الاسترداد بناء على أنها هبة، فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة وعلى الجملة فالأحكام فيها عندئذ كالأحكام في العمرى وقد تقدمت، ومثالها على هذا التعريف أن يقول شخص لآخر داري لك رقبى أستردها إذا مت قبلي.

---

(١) سند الإمام أحمد (٤٩٠٦).
(٢) أخرجه النسائي (٦/ ٢٦٩، رقم ٣٧٠٩)، والطبراني (١١/ ٤٧، رقم ١١٠٠٠) وابن حبان (١١/ ٥٢٨، رقم ٥١٢٦).
(٣) أخرجه النسائي (٦/ ٢٦٨، رقم ٣٧٠٦).
(٤) أخرجه أحمد (٥/ ١٨٩)، وأبو داود (٣٥٥٩).
(٥) أخرجه أحمد (٥/ ١٨٦، رقم ٢١٩٦٤).

ويراها آخرون بأنها تمليك مرجأ إلى ما بعد موت المرقب "بالكسر" فإذا قال شخص لآخر: داري لك رقبى فمعناه ارتقب موتي حتى إذا مت كانت الدار ملكًا لك. وبهذا المعنى فسرها مجاهد، وهي بهذا المعنى تمليك مضاف إلى ما بعد موت المرقب "المانح" غير أن موته مشروط فيه بأن يكون قبل موت صاحبه، وهي بهذا المعنى باطلة عند من لا يرى أنها وصية؛ لأن التمليك لا يجوز إضافته، ويصححها مالك بهذا المعنى على أنها وصية.

ويلاحظ أن محل التمليك فيها على ما تقدم هو رقبة العين، والأحاديث السابقة صريحة في جواز الرقبى ونفاذها فقد جعلها رسول الله ﷺ لمن أعطيت له كما جعلها لوارثه بعد وفاته، وليس للمرقب "المانح" ولا لورثته استردادها وهذا الحديث نص في أنها جائزة على المعنى المتقدم لأنه المعنى الوارد فيها عن السلف، وبناء على هذا فالحكم فيها كالحكم في العمرى فهما سواء، وهذا عند الحنابلة والشافعية.

وقد روي عن طاووس أن من أرقب شيئًا فسبيله الميراث، ونقل عن الزهري أنها وصية.

وجاء في شرح الدر المختار: أن الرقبى غير جائزة، وقد علق صاحب تكملة ابن عابدين على ذلك بقوله: هي لغة أن تعطي إنسانًا ملكًا فتقول له إن مت فهو لك وإن مت فلي كذا في المبسوط وغيره - وفي الشريعة أن تقول داري لك رقبى إن مت قبلك فهي لك. وعلى ذلك فهي تعليق للتمليك بشرط فلا يصح. وإنما لم تكن وصية لأنها لم تعلق بمطلق موته بل بشرط أن يموت والمرقب له حي، فكانت مخاطرة. وهذا قول الإمام ومحمد.

أقول هل الوصية إلا على هذا الوضع؟

وذهب أبو يوسف إلى أنها صحيحة لأنها تمليك في الحال. والشرط باطل.

أقول وصريح هذا أن رأي أبي يوسف إنما هو على معناها الأول.

أما إذا كانت الرقبى بين شخصين لكل منهما دار فاتفقا على أن الدارين تكونان ملكًا لآخرهما موتًا. وذلك كأن يقول أحدهما للآخر داري لك رقبى إن مت قبلك فهي لك وإن مت قبلي كانت دارك لي، وقبل الآخر ذلك فإنها بهذا المعنى تكون فاسدة لما فيها من معنى المخاطرة، ولا تكون حينئذ من قبيل الالتزام الذي ينشأ بالإرادة المنفردة وذلك لما فيها من المقابلة بين تصرفين في دارين وعلى ذلك أكثر العلماء.

وبناء على ما تقدم بالكلام في العمرى والرقبى من ناحية نشأتهما بالإرادة المنفردة هو نفس الكلام في الهبة الذي شرحناه فيما سبق إذ المعنى في الجميع واحد.

هذه أحكام العمرى والرقبى في الشريعة أما القانون المدني فلم يتعرض لهذا النوع من التصرف وعلى ذلك فلا حكم لهما فيه وإنما يطبق عليهما أحكام الهبة أو الوصية على حسب الأحوال. فإذا كانت الرقبى تهدف إلى تمليك العين في الحال مع اشتراط الرد إلى المالك المانح إذا مات الممنوح قبله كانت عبارة عن هبة معلقة على شرط فاسخ هو وفاة الممنوح قبل المانح فإذا تحقق الشرط وجب رد العين محل التصرف إلى من منحها وإلا استقرت الملكية للممنوح وقد عرض القانون الفرنسي لذلك في المادتين ٩٥١، ٩٥٢.

أما إذا كانت تهدف إلى تمليك بعد وفاة المانح فإنها تعد وصية تطبق عليها جميع أحكامها، راجع الوصية للدكتور كامل مرسي، ص ٩٣.

التزام المعروف عند مالك:

يرى المالكية أن كل التزام بصدقة أو هبة أو حبس أو جائزة أو قرض على وجه الصلة وطلب البر والمكافأة وما أشبه ذلك من الوجوه المعروفة بين الناس في احتسابهم وحسن معاشرتهم لازم لصاحبه لا يقبل منه الرجوع عنه، ولصاحب الحق فيه إذا ما كان معينًا أن يخاصمه فيه أمام القضاء فيقضي عليه به.

أما إذا كان غير معين كالفقراء والمساكين فالمشهور من مذهب مالك أن الملتزم بذلك يؤمر بالوفاء ديانة ولا يقضى عليه به لعدم تعين صاحب الحق، ولأن القضاء



به عليه يخرجه عما قصد إليه به من الثواب. إذ لا يكون له أجر على معروفه إذا قضى عليه به فأخرجه كارهًا لأن عمل القربة إنما هو بالنية فوجب فيه أن يصدر عن اختيار حتى يثاب عليه.

ومن المالكية من ذهب إلى أن الحاكم يجبره على التنفيذ إذا علم بذلك دون حاجة إلى مخاصمة أو ادعاء، والقول الأول هو المشهور في المذهب. والقولان مذكوران في المدونة.

وإذا كان شيء من ذلك على وجه الحلف والتعليق قصدًا إلى فعل شيء أو امتناع عن فعل شيء فإنه لا يقضي عليه بذلك إذا تحقق الشرط وإنما يلزم به ديانة سواء أكان الملتزم له معينًا أم غير معين، وهذا هو المشهور في المذهب.

ووجه هذا أن الحالف إنما قصد أن يمتنع عما حلف ألا يفعله، والمنازع إنما قصد اللجاج وتحقيق ما نازع فيه، وليس لأحدهما قصد إلى إخراج الصدقة، وهذا بخلاف الصدقة المسبلة إلى الله تعالى من غير تعليق، فإنها إن كانت لمعين حكم بها باتفاق، وإلا ففيها الخلاف المتقدم.

ومن المالكية من ذهب إلى أنه يقضي عليه بذلك، قال ابن دينار، قال شخص لامرأته إن تسريت عليك فالسرية صدقة عليك، فإن تسرى لزمه ذلك، وكانت صدقة لها، حتى إذا أعتقها لم ينفذ عتقه - وقال ابن نافع: إذا باع الرجل سلعة من رجل، ثم قال له إن خاصمتك فيها فلك كذا ثم خاصمه لزمه ما التزم به، وعلى هذا الرأي يمكن تخريج ما يسمى بالشروط الجزائية، وعليه يصح أيضًا مثل أن يقول رجل لزوجته إن تزوجت عليك فلك كذا من مالي أو إن طلقتك فلك كذا، فإن فعل المعلق عليه لزمه المال على هذا الرأي.

ومما يلاحظ أن الالتزام إذا حدث على سبيل المخاطرة لم يكن ملزمًا عندهم، كما إذا قال أحد الخصمين للآخر إذا لم آت ببينة أو بمستند على دعواي في وقت كذا فدعواي باطلة، فمثل ذلك لا يلزمه لأنه ضرب من المخاطرة والمقامرة.

أما **العدة** فقد اختلفوا فيها على أقوال أربعة:

الأول: وهو المشهور منها أن الموعود إذا دخل بسبب العدة في فعل شيء اقتضاه إنفاقًا قضى على الواعد بها، مثل أن يقول شخص لآخر إني أريد أن أهدم داري أو أن أبنيها أو أن أسافر وليس عندي من المال ما يمكنني من ذلك فيقول له صاحبه افعل وأنا أقرضك كذا أو أعطيك كذا، فإنه يلزمه الوفاء بها وعد إذا دخل في الفعل بناء على ذلك وهذا قول مالك وابن قاسم. واختاره سحنون.

الثاني: قال أصبغ يقضي بالعدة إذا كانت على سبب وإن لم يدخل فيه فعلا وإلا لا، وهو رأي عمر بن عبد العزيز.

الثالث: لا يقضي بالعدة مطلقًا على أية حال لأنها تفضل وإحسان وإن أمر بالوفاء بها ديانة، وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين.

الرابع: قال بعضهم يقضي بها مطلقًا. وإلى هذا ذهب عبد الله بن شبرمة فقال: الوعد كله لازم ويقضى به على الواعد ويجبر عليه[1] واستدل بقوله تعالى: ﴿ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ ٣ ﴾ [الصف]، وبما روي عنه ﷺ عن ابن عباس قال: "أربع من كن فيه كان منافقًا خالصًا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها" ثم ذكر منها: "**وإذا وعد أخلف**"[2]، وصححه ابن الشاطبي على فروق القرافي[3]، ومما يتفرع على ما تقدم من لزوم العدة عند بعض المالكية المسائل الآتية:

١- من التزم الإنفاق على امرأة أجنبية لزمه الإنفاق عليها، فإن تزوجت بفقير لم تسقط نفقته عليها وإن تزوجت بغني سقطت إلا أن تقوم قرينة على الإطلاق.

٢- من التزم الإنفاق على شخص مدة معينة أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه لزمه ذلك ما لم يفلس أو ينتهي التزامه بموته.

(١) المحلى، ج٨، ص٢٨.

(٢) أخرجه البخاري (١/ ٢١، رقم ٣٤)، ومسلم (١/ ٧٨، رقم ٥٨) وغيرهما.

(٣) ابن الشاطبي على فروق القرافي.



٣- إذا التزم شخص لآخر بنصف ما يربحه من صفقة معينة لزمه ذلك.

٤- إذا التزم شخص لآخر بما يخسره في بيع سلعة معينة لزمه ذلك.

٥- إذا التزم موصى بعدم الرجوع في وصيته لزمه على الأصح وقيل لا يلزمه ذلك. ومثل ذلك في الحكم التزام الواهب بعدم الاعتصار.

٦- خمسة إخوة أحدهم عاجز عن الكسب فالتزم له الأربعة بخمس ربحهم لزمهم ذلك.

٧- قال رجل لزوجته إذا ولدت غلامًا فلك كذا فولدت غلامًا لزمه ذلك وقضى به عليه إن لم يمت أو يفلس وهكذا مما ذكره الحطاب في رسالته في الالتزام.

وقد خالف في هذه المسائل غير المالكية فلم يوجبوا فيها على الملتزم شيئًا.

على أن من الفقهاء من ذهب إلى الاكتفاء بالنية والاعتزام بالبر فقد قال ابن رشد فيمن عزل لمسكين معين شيئًا وبذله له بقول أو بنية لا يجوز له أن يصرفه إلى غيره وهو ضامن له إن فعل سواء أكان المال من عنده أم من مال جعل له قسمته.

وذهب ابن حزم في المحلى إلى أن من وعد آخر بأن يعطيه مالاً معينًا أو غير معين أو بأن يعينه في عمل ما وحلف له على ذلك أم لم يحلف لم يلزمه ذلك ويكره له أخلاف ذلك، والأفضل أن يوفي، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد أدخله بسبب ذلك في نفقة أو لم يدخله كما إذا قال له تزوج فلانة وأنا أعينك بكذا، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية وداود.

أما التشريع الغربي فقد علمت أن الإرادة المنفردة ليست مصدرًا عامًا للالتزام. وأنها لا تنشئ التزامًا إلا فيما نص عليه القانون، وليس شيء مما تقدم قد نص عليه القانون، وعلى ذلك فلا يترتب على هذا الالتزام الذي مصدره الإرادة المنفردة ولا يتلوه قبول أثر قانوني، أما إذا ما أعقبه قبول من الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب فقد خرج الأمر عن الإرادة المنفردة ووجب تطبيق أحكام العقد وشروطه حسبما قرر القانون.

وليس يغيب عنك اختلاف الفقهين الإسلامي والغربي في الصياغة - وذلك ما أشرنا إليه فيما سبق - فالفقه الغربي لا يعد الالتزام التزامًا إلا إذا كان واجبًا لا يجوز الرجوع عنه، ولا يكون من الإرادة المنفردة إلا إذا نشأ بالإيجاب وحده دون قبول يتلوه. أما إذا كان أثرًا لإيجاب وقبول ترتب على هذا الإيجاب فقد خرج الأمر على أن يكون إرادة منفردة.

أما فقهاء الشريعة فهم لا يستعملون هذه الأساليب، وإذا استعملوها فإنما يستعملونها على سبيل الاستعارة من الفقه الغربي إذ إنهم لا يستعملون لفظ إرادة منفردة ولا اسم الالتزام بالمعنى الذي يستعملها فيه الفقه الغربي على ما تقدم بيانه، وإنما يعبرون بالركن وإذا ذكروا أن ركن الالتزام هو الإيجاب وحده وأن هذا الالتزام يلزم به الموجب دون توقف على القبول إلا من ناحية ظهور الأثر في جانب القابل وذلك ما يعد عندهم من قبيل الالتزام من جانب واحد على المعنى المعروف عندهم لا عند الفقه الغربي.

(٦) العارية

العارية بتشديد الياء وتخفيفها هي الشيء المعار، وهي أيضًا العقد المعروف بالإعارة، ويعرفها الفقهاء بأنها عقد يراد به تمليك المنافع مجانًا.

وإلى أن أثرها التمليك ذهب مالك، وهو أرجح الرأيين عند الحنفية وذهب أحمد وبعض الحنفية كالكرخي وأهل الظاهر والشيعة الإمامية إلى أن أثرها الإباحة وهو أصح القولين عند الشافعية.

وعلى أنها إباحة لا تعتبر عقدًا بل تتم بإيجاب المعير وحده، إذ إنها تصير مجرد إذن بالانتفاع. أما على أنها تمليك فإنها لا تتم إلا بالقبض، وتظهر ثمرة الخلاف بين الرأيين في جواز إعارة المستعير العارية لغيره فجوزها أصحاب الرأي الأول ومنعها أصحاب الرأي الثاني. وإلى ذلك ذهب القانون المدني.

ولقد جاء في كتب المالكية أن المستعير يجوز له كذلك أن يؤجر العارية لأنه مالك لمنفعتها.

ونقل عن الماوردي من الشافعية أنه عرف الإعارة بأنها هبة المنافع، وأشار إلى القول المعتمد وهو عدم جواز إعارة العارية من المستعير لغيره، وحكى قولاً آخر بجواز ذلك عندهم، ونقل بعضهم عن الشافعي أنه جوز للمستعير أن يؤجر، ويكون رجوع المعير عندئذ عن العارية في مدة الإجارة سببًا لانفساخها، بمنزلة انهدام الدار المستأجرة - وعلى أصح القولين عند الحنفية يجوز للمستعير أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل، وليس له أن يؤجر، إذ لا يصح بناء العقد اللازم وهو الإجارة على عقد غير لازم، ولا يملك الإنسان غيره أكثر مما ملك.

ويجب على المستعير ألا يتجاوز في انتفاعه ما أذن له به، فإذا تجاوزه فهلكت ضمن كما يضمن إذا أهمل في حفظها.

أما عند هلاكها بلا تعد ففي ضمانها الآراء الآتية:

١ - أنها في يد المستعير مضمونة، فإذا هلكت ضمن، إلا إذا كان هلاكها بالفعل الذي أذن به وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد وإسحاق.

ويستدل للرأي الأول بأنها تنبئ عن التمليك وتدل عليه لغة لأنها من العرية التي هي العطية، وليست المعاني الشرعية إلا ضربًا من المعاني اللغوية تختلف عنها بالتقييد، ولهذا تنعقد بلفظ التمليك، والمنافع تقبل التمليك.

٢ - أنها في يده أمانة، وإلى هذا ذهب الحنفية، وإذا اشترط المعير على المستعير الضمان حينئذ فهل يصح الشرط؟ اختلف في ذلك، ذهب إلى صحته الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي والثوري وابن شبرمة وبعض الحنفية، والصحيح من مذهب أبي حنيفة أنه لا يصح.

٣- أنها في يده مضمونة فيما لا يغاب عليه ما لم تقم بينة على الهلاك بلا تعد ولا تقصير، وأمانة فيما لا يغاب عليه، كالعقار والحيوان، وهو مذهب مالك، واختلف في اشتراط الضمان حينئذ أيصح أم لا؟، ذهب بعض المالكية إلى صحته فتكون حينئذ مضمونة وذهب آخرون إلى عدم صحته فتبقى على حكمها.

والعارية عند الجمهور عقد غير لازم يتم بالإيجاب والقبول. فيجوز للمعير أن يسترد العارية في أي وقت أراد، وإذا قيدها بزمن لم تتقيد به، وذهب مالك إلى أنها تلزم بمجرد القول ولا يتوقف ملك المستعير على القبض وإن قيدت بزمن تقيدت به، فلا يجوز للمعير أن يسترد العارية في أثنائه، وإن لم تقيد بزمن وكانت مقيدة بعمل تقيدت بانتهائه كاستعارة الدابة لركوبها إلى جهة كذا، وإلا تقيدت بالعرف، وقيل لا تتقيد حينئذ.

وبناءً على ما ذكر لا يترتب عليها عند الجمهور ثبوت حق لازم للمستعير يستعدي فيه القضاء، لأن الدعوى لا تصح إلا بحق لازم يستوجب قضاء به.

أما عند مالك فإنه يترتب عليها ثبوت حق لازم للمستعير هو ملك منفعة العين المستعارة فنرفع به الدعوى فيقضي على المستعير بتسليم العين المستعارة إلى المستعير ليستوفي منها حقه وهو ما ملك من منفعتها.

وإلى لزومها ذهب القانون المدني، فذهب إلى أنها عقد لازم يتقيد بما قيد به من مدة محددة وإلا تقيدت بمدة الاستعمال الذي قصد من العارية وعلى ذلك لا يتوقف تمامها قانونًا على القبض.

ويستدل للرأي الثاني بأنها تنعقد بلفظ الإباحة، وتصح بلا ذكر مدة، والإباحة غير التمليك. والجهالة تمنعه.

والوضع في العارية على أنها تفيد التمليك كالوضع في الهبة من ناحية أن كلاً منهما التزام من جانب واحد لا يتوقف إلا على إرادة صاحبه المنفردة، أما قبول الطرف الآخر فلكي يظهر أثرها في حقه، إذ لا يملك المعير إجبار المستعير على أن يتملك منفعة رغم أنفه، وقد شرحنا ذلك فيما تقدم. والإيجاب فيها على أية حال إيجاب علق على قبول الطرف الآخر لأثره، وأما على أنها إباحة ومجرد إذن بالانتفاع فهي تتم بإرادة المعير وحده.

أما القانون فيرى أن العارية عقد من عقود التمليك كالهبة لا تنشأ إلا بإيجاب وقبول، ولا تنشأ بالإرادة المنفردة، فليس يترتب على إيجاب المعير بالإعارة أي أثر ولا يلزمه به أي التزام بالإرادة المنفردة إلا فيما نص عليه القانون - وعلى ذلك فالقانون يطبق على الإعارة جميع أحكام العقود.

وفقهاء الإسلام وإن طبقوا كذلك عليها أحكام العقود كما طبقوها على الهبة إلا أن منهم من يلزم المعير بالمضي في إعارته بمجرد قوله كما يلزم الواهب بالمضي في الهبة بمجرد قوله ما لم يمنع ذلك مانع.

(٧) اليمين والنذر

اليمين عبارة عن قسم يقوى به الحالف ما اعتزمه من فعل أو ترك، وعلى ذلك فليس اليمين التزامًا بشيء، ولكنه توثيق وتأكيد لما أراده الحالف وعزم عليه من فعل شيء أو تركه، ولذا يرى أن اليمين ليس من أسباب الالتزام وليس إلا وسيلة يراد بها توثيق ما أريد من الالتزام أو الوعد إذا ما أراد الملتزم توثيقه وتوكيده بالقسم.

أما **النذر** فقد عرفه الحنابلة بأنه التزام قربة من القرب لله تعالى كصلاة وصوم وعيادة مريض وصدقة، وعرفه الرملي بأنه التزام قربة على وضع خاص، وعرفه المالكية بأنه التزام ما ندب الشارع إلى فعله، وهذه التعاريف جميعها متقاربة في المعنى.

والنذر إما منجز كقول الناذر نذرت لله أن أتصدق بكذا على الفقراء أو على فلان، وإما معلق على شرط. وهو نوعان: نذر تبرر ونذر لجاج. فإن كان المعلق عليه مرغوبًا فيه فهو نذر التبرر مثل إن شفى الله مريضي تصدقت بكذا - وإن كان المعلق عليه مرغوبًا عنه فهو نذر اللجاج، وإذن فهو ما أريد به المنع من مدلول الشرط، كإن فعلت كذا فمالي صدقة - أو الحمل عليه مثل: إن لم أحج هذا العام فامرأتي طالق، وفي التعريف به قال الرملي: إن نذر اللجاج أو الغضب هو أن يمنع نفسه أو غيره من شيء أو يحث عليه أو يحقق به خبرًا بالتزام قربة من القرب كأن كلمت فلانًا أو إن لم أكلمه وإن لم يكن الأمر كذا فلله علي عتق رقبة أو صوم شهر، وقد لا يتميز نذر التبرر من نذر اللجاج إلا بالنية لأن الرغبة في الشيء والرغبة عنه محلها النفس.

ونذر غير القربة لا يفيد التزامًا، أما نذر القربة فالحكم فيه كما يأتي:

ذهب الحنفية إلى أنه لا يفيد التزامًا إلا إذا كان بقربة من جنسها فرض بشرط أن تكون عبادة مقصودة كنذر صوم أو صدقة أو وقف، ولا يلزم فيه إلا الوفاء بأصل القربة التي التزمها، دون ما اقترن بها من أوصاف ألحقت بها، فلو عين ما لا يتصدق به أو فقيرًا يتصدق عليه أو مكانًا يتصدق فيه لم يلزمه ذلك، وإنما تلزمه الصدقة فقط، وعلى ذلك فلا يترتب على الناذر التزام قضائي ترفع به الدعوى، وإنما يترتب عليه في هذه الحال التزام ديني[1].

---

(١) راجع الدر المختار، وابن عابدين، ج٣، ص٣٢، ٧٣.

 

ويرى الحنابلة رأي الحنفية فلا يفيد النذر عندهم التزامًا قضائيًّا وإنما يترتب عليه التزام ديني فقط إذا كان نذرًا بقربة مستحبة وكان نذرًا منجزًا فإن كان معلقًا تخير الناذر بين الوفاء وعدمه، وعند اختياره عدم الوفاء يكفر كفارة اليمين. أما نذر الواجب والحرام والمكروه والمباح فهو لاغ في رواية. وفي رواية ينعقد موجبًا لكفارة يمين[1].

ورأي المالكية كرأي الحنابلة في أن النذر إذا صح لم يفد التزامًا قضائيًّا وإنما يفيد التزامًا دينيًّا، ولذا جاء في حاشية الدسوقي أنه لا يقضي بالمنذور به ولو لمعين، بل يجب على الناذر تنفيذ المنذور به من نفسه[2].

وذهب الشافعية إلى أنه لا نذر إلا في طاعة فلا نذر في معصية، ولا التزام في نذر المباح، كالأكل والشرب. ويرون أن نذر الطاعة يفيد التزامًا قضائيًّا إن كان نذر مجازاة وعين المنذور له، كإن شفى الله مريضي فقد نذرت أن أتصدق على فلان بعشرة جنيهات، أو فلله علي نذر أن أعطي فلانًا صدقة كذا، فقد جاء في نهاية المحتاج للرملي أن النذر يلزم الناذر فيجب عليه الوفاء وجوبًا موسعًا، ولا يشترط فيه قبول المنذور، له، بل الشرط فيه ألا يرده على الأظهر- وعندئذ يقضي له به إذا طلبه[3].

أما إذا كان النذر منجزًا فلا يفيد التزامًا مطلقًا لأنه مجرد وعد، وهو قول أبي إسحق والصيرفي، لأنه بغير عوض فكان وعدًا فلا يلزمه - وإن نذر طاعة في لجاج أو غضب فهو بالخيار بين الوفاء وبين أن يكف ولا يفي لأن له شبهًا بالنذر وشبهًا باليمين.

والخلاصة أن النذر لا يفيد التزامًا قضائيًّا إذا ما صح عند الجمهور خلافًا للشافعية في بعض أحواله وعندئذ يكون التزامًا بإرادة منفردة.

---

(١) راجع المحرر، ج٢، ص١٩٩ وما بعدها.

(٢) حاشية الدسوقي، ج٢، ص١٦١.

(٣) نهاية المحتاج، ج٨، ص٢١١.

(٨) الرهن

عرفه بعض الفقهاء بأنه عقد على حبس مال بحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه، والمراد بالمال ما كان متقومًا - ومحل العقد هو المحبوس إذ هو الذي يظهر أثر العقد فيه وهو سلطان الدائن عليه بحبسه عنده إلى استيفاء الدين أو سقوطه فكانت له اليد عليه دون مالكه وهو الرهن.

ولما كانت حيازة المال ووضع اليد عليه من مظاهر الملك في الخارج وأثرًا من آثاره كان ذلك حقًّا من حقوق المالك يستأثر به وكان له أن ينزل عنه إلى غيره، فإذا نزل عنه إلى من أدانه ليستوثق لدينه كان في ذلك متبرعًا، إذ إنه لا يستوجب بما بذله للمرتهن وهو الدائن من إعطائه الحق في حيازته ووضع يده عليه وحبسه لديه وكف يد المالك عنه عوضًا وبدلاً فكان ما أعطاه للمرتهن من ذلك غير مقابل بشيء وذلك هو التبرع، وإذ كان الراهن في رهنه لماله متبرعًا كان رهنه تصرفًا في خالص حقه وذلك ببذله للمرتهن حق حبسه ووضع يده عليه وبذلك أشبه الهبة، وعن هذا ذهب بعض الفقهاء إلى أن ركنه هو إيجاب الراهن فقط، كما أن ركن الهبة هو إيجاب الواهب فقط ومن هؤلاء الشيخ باكير وشيخ الإسلام خواهر زادة وأنه بالإيجاب يوجد وينشأ.

أما القبول من المرتهن فشرط من شروطه يتقبل به المرتهن ما أعطي له من حق، كما أن القبض شرط في لزوم الرهن بالنسبة إلى الراهن فلا يملك الراهن العدول عنه أو فسخه بعده.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أن القبول من المرتهن ركن أيضًا بناء على أن الرهن يفيد تمليكًا كما بينا، وليس يستطيع إنسان أن يملك غيره حقًّا رغم أنفه. وقد شرحنا فيما تقدم وجهة نظر الفريقين وانتهينا إلى التفرقة بين وجود الشيء وظهور أثره وأن القبول في التبرع إنما احتيج إليه ليظهر الأثر بعد تحقيق الوجود بالركن.

على ما ذهب إليه بعض الفقهاء من الحنفية من أن الركن هو الإيجاب من الراهن فقط يكون القبول من المرتهن شرط صحة، كما أن تسليم المال المرهون إليه

شرط لتمامه عند الأئمة الأربعة غير أن الحنفية والشافعية ذهبوا إلى أنه شرط لزوم أيضًا بالنسبة إلى الراهن إذ كان له قبل تسليمه أن يعدل عن المضي في الرهن إذا أراد ولا يجبر على المضي فيه، أما بعد تسليمه فلا يستبد بفسخه بل يجب أن يكون ذلك بموافقة المرتهن ورضاه.

أما المالكية فذهبوا إلى أن الرهن يلزم بالنسبة إلى الراهن بالإيجاب والقبول وإن لم يحدث تسليم للمرتهن فيجبر الراهن على المضي في الرهن وتسليم المال المرهون إلى المرتهن بناء على طلبه ما لم يمنع من ذلك مانع، والموانع عندهم: موت الراهن قبل التسليم ومرضه المخوف وجنونه وعتهه إذا اتصل ذلك بموته، وكذلك قيام الغرماء وذلك بطلبهم من الراهن أداء ما عليه من الدين أو رفع أمره إلى الحاكم لطلب الحجر عليه، كما يمنع من التسليم أيضًا أن يطلبوا الراهن فلا يجدوه لهروبه أو استتاره عنهم وذلك كله بشرط أن يكون الدين قد أحاط بماله.

وقالوا إن القبض ليس بشرط في انعقاد الرهن ولا في صحته ولا في لزومه وإنما هو شرط لتمامه، ومعنى ذلك كما قال القرطبي أنه شرط في كمال فائدته.

وإلا لزمه بالإيجاب والقبول بالنسبة إلى الراهن، ذهب كثيرمن الشيعة الجعفرية وذهب آخرون منهم إلى أنه لا يلزم إلا بالقبض.

وذهب الحنابلة إلى أنه شرط للزومه بالنسبة للراهن إذا كان المال المرهون مكيلاً أو موزونًا. أما إذا كان غير ذلك بأن كان قيميًا ففي المذهب روايتان: إحداهما أنه شرط للزومه أيضًا. والأخرى أنه يلزم بالإيجاب والقبول وذهب ابن عقيل من الحنابلة إلى أن المال المرهون إذا كان معينًا لزم الرهن بالعقد.

وبناءً على ما تقدم إذا حدث الإيجاب والقبول كان للراهن قبل تسليم العين المرهونة أن يعدل عن العقد ويفسخه بإرادته المنفردة، أما إذا سلم المال إلى المرتهن لم يكن له ذلك إلا برضا المرتهن وكان للمرتهن وحده أن يفسخ الرهن بإرادته المنفردة إذ إنه بذلك يتصرف في خالص حقه بالنزول عنه وتركه فلا يتوقف ذلك على إرادة أحد.

(٩) سحب سند من مصرف لحامله

إذا سحب إنسان سندًا من مصرف لحامله فإن لحامله الحق في استيفاء قيمته من ساحبه وليس لالتزامه مصدر حينئذ إلا إرادته المنفردة، فبإرادته المنفردة صار مدينًا لحامل السند بقيمته تؤخذ منه أو من تركته بعد وفاته.

وقد جاء في نظرية العقد للأستاذ السنهوري أن المادة ٧٩٤ من القانون الألماني قد نصت على أن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به حتى لو سرق أوضاع أو تبادلته الأيدي رغم إرادته بأي شكل كان فإن ذلك لا يخل بالتزامه، ويبقى السند حافظًا لقوته القانونية ولو مات من صدر منه السند أو فقد أهليته قبل التعامل به.

ورد هذا إلى قاعدة من قواعد الفقه الإسلامي يحول دونه عدم تعيين حامل السند عند عدم تعيينه. أما عند تعيينه فليس ما يبعد أن يكون هذا الالتزام من قبيل العدة التي يراها بعض المالكية ملزمة لصاحبها فيكون سحب السند وعدا ملزمًا للساحب بأن يوفي حامله ما التزم به فيه وليس له أن يعدل عن ذلك.

(١٠) الكفالة

ذهب فقهاء الشريعة في تعريف الكفالة إلى تعريفها بالأثر المترتب عليها؛ ولذا اختلفوا في تعريفها بسبب اختلافهم في حكمها.

فالمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية يرون أن الأثر المترتب عليها - وهو حكمها - شغل ذمة الكفيل بالدين المكفول به مع بقائه شاغلاً لذمة المدين به. أي أنه انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في الدين فتصبح ذمته مشغولة به أيضًا مع بقائه شاغلاً لذمة المدين فيصير كل منهما مدينًا مطالبًا بالوفاء.

ولذا عرفها هؤلاء جميعًا بأنها التزام دين واجب على الغير مع بقائه واجبًا عليه أو ضم ذمة إلى أخرى في الدين أو شغل ذمة بالدين مع بقائه شاغلاً للذمة الأولى.

ويرى أهل الظاهر والشيعة الجعفرية أن حكمها نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل.

ولذا يعرفونها بأنها عقد يترتب عليه نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى غير مشغولة بمثله للمدين. وإلى هذا ذهب ابن أبي ليلى وأبو ثور وعبد الله بن شبرمة - غير أن الشيعة يسمونها بالضمان ويجعلون مسمى الكفالة هو التعهد أو الضمان بالنفس - وهو المعروف بضمان الوجه.

وبناءً على هذا الرأي فإنه يترتب على الكفالة براءة ذمة المدين الأصلي من الدين وشغل ذمة الكفيل به.

والفرق بينها وبين الحوالة حينئذ أن الحوالة لا تكون إلا حيث كانت الذمة التي نقل إليها الدين مشغولة بمثله للمحيل، وإذن تكون الكفالة عندهم تبرعًا من الكفيل بالتزام الدين وأدائه بلا عوض يستحقه نظير ذلك.

أما الحنفية فقد اختلفوا في تعريفها فمنهم من عرفها بأنها ضم ذمة إلى ذمة المدين في الدين، فيوافقون الجمهور في تعريفهم إياها، ومنهم من عرفها بأنها ضم ذمة

أخرى في المطالبة بالدين فقط لا في الدين، وقد صرح السرخسي في مبسوطه بأن هذا هو أصح الرأيين عند الحنفية.

وبناءً على ما ذكر يرى أن خلاف الفقهاء في نقطتين:

أولاهما: هل الحوالة نقل الدين من ذمة إلى أخرى أم هي ضم ذمة إلى أخرى؟

ثانيتهما: إذا كانت ضما فهل هي ضم في الدين أم ضم في المطالبة به فقط؟.

وقد عرفت في المادة ٢٢ من القانون المدني بأنها عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه. وتعهد الكفيل بالوفاء بالتزام يستوجب شغل ذمته بهذا الالتزام مع بقاء شغل ذمة المدين الأصلي بدليل أنه يطالب بالوفاء ابتداء قبل مطالبة الكفيل، وعلى ذلك يرى أن القانون قد مال إلى مذهب الجمهور في أنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين.

ووجه ما ذهب إليه الشيعة وأهل الظاهر أن شغل ذمة كل من المدين والكفيل بالدين يستلزم تعدده، في حين أنه دين واحد. ذلك لأن الشيء الواحد لا يشغل مكانين في وقت واحد. وذلك ما يدل عليه فعل النبي ﷺ إذ أُتي بميت ليصلي عليه فقال: "أعليه دين؟" فأُجيب: بأن عليه دينارين، فأبى أن يصلي عليه. فكفله أبو قتادة. فعند ذلك صلى عليه[1].

وقد كان امتناعه من الصلاة عليه ابتداء لشغل ذمته بدين فلما صلى عليه بعد الكفالة تبين أن المانع قد ارتفع بالكفالة. وقد كان المانع وجود الدين في ذمته، فلزم أن الكفالة تنقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة الكفيل.

ووجه ما ذهب إليه الجمهور أن الإجماع قد انعقد على أن الكفيل يطالب بالدين نتيجة وأثرًا لكفالته. ومطالبته بالدين تستلزم شغل ذمته به. ولا يلزم من شغل ذمته به انتقاله من ذمة الأصيل إلى ذمته وبراءة الذمة الأولى. ذلك لأن شغل الدين للذمة أمر اعتباري لا يعدو أن يكون المعنى فيه هو تعلقه بها على وضع يقتضي المطالبة به.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٢٩٦)، وأبو داود (٢٩٥٦)، والنسائي (٤/ ٦٥).

ولا مانع من أن يكون الشيء الواحد متعلقًا في وقت واحد بشيئين فأكثر دون أن يقتضي ذلك تعدده. فإذا قام أحدهما بالوفاء انتهى تعلقه بذمة الآخر وسقط الدين. أما صلاته ﷺ على الميت المدين بعد كفالة أبي قتادة إياه فليس سببها براءة ذمته، وإنما صلى عليه عند ذلك لأن امتناعه عن الصلاة ابتداءً كان لأنه قد توفي ولم يترك وفاء وكان عليه أن يسعى في حياته إلى وفاء دينه بعدًا عن الإضرار بدائنه، فلما زال هذا الضرر بالكفالة صلى عليه، والهدف من ذلك هو حض المدينين على الوفاء بديونهم قبل أن يفاجئهم الموت دون أن يتركوا وفاءً لها.

وخلاصة هذا الاستدلال أن الدين كان شاغلاً ذمة المدين دون شك ولم يحدث إلا جواز مطالبة الكفيل به وذلك ما يستوجب شغل ذمته به أيضًا وليس يلزم من شغل ذمته به فراغ ذمة المدين منه على ما بينا ولم يوجد ما يسقطه عنه فيبقى شاغلاً للذمتين.

ويرى بعض الحنفية أن الدين يشغل ذمة المدين الأصلي من غير شك ولم يحدث إلا الكفالة التي استوجبت مطالبة الكفيل به وليس يلزم من مطالبته أن تكون ذمته مشغولة به فكثيرًا ما تنفصل المطالبة بالدين عنه كما في الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وليس مدينًا به، وكما في الولي والوصي يطالب بدين المولى عليه. وعلى ذلك لاتكون الكفالة إلا انضمامًا في المطالبة فقط دون الدين.

وعلى ضوء ما تقدم من بيان يرى أن الكفالة عند أهل الظاهر والشيعة لا تستقل بها إرادة واحدة، ذلك لأن الدين حق الدائن فلا يملك المدين نقله من ذمة يرتضيها الدائن إلى ذمة أخرى من غير رضاه، كما لا يمكن الدائن أن ينقل دينه إلى ذمة الكفيل من غير رضاه فكانت لذلك عقدًا لا ينشأ إلا بإرادتين: إرادة الدائن وإرادة الكفيل.

أما عند غيرهم ممن ذهب إلى أنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين أو في المطالبة به فقط فإنه يرى أنها حينئذ تبرع محض من الكفيل يقوم على التزامه بوفاء هذا الدين من ماله الذي هو حق خالص له أو على شغل ذمته - التي هي من حقوقه وله الولاية عليها بذلك الدين منفصلاً بذلك أو بإذلاله. وعلى ذلك تتم بإرادة واحدة منفردة هي

إرادة الكفيل أن يتبرع بوفاء الدين والتزامه. وعلى هذا قال أهل الظاهر والشيعة أن الكفالة عقد ينشأ بإيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر من المكفول له وهو الدائن، فمن أركانه الإيجاب والقبول وكان من العقود التي تنشأ بين طرفين الدائن والكفيل ولا يشترط في تمامها رضا المكفول عنه فتصح مع عدم رضاه بها.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وأبو يوسف من الحنفية إلى أنها تتم وتتحقق بإيجاب من الكفيل وحده فتنشأ بإرادته المنفردة ولا تتوقف على قبول المكفول عنه ولا على قبول المكفول له ولا يشترط فيها رضاهما. ذلك لأنها عندهم كما علمت مجرد التزام صادر من الكفيل بأن يوفي ما يوجب للمكفول له في ذمة المكفول عنه دون معاوضة ولا مساس بحق أحد.

وقد اختلف الحنفية في تخريج رأي أبي يوسف فمنهم من رأى أن المعنى فيه أنها تصح بإيجاب الكفيل موقوفة على إجازة المكفول له فإذا أجازها ألزم الكفيل بها وإذا لم يجزها لم يلزم بها. ومنهم من رأى أنه يعني به أنها تلزمه بمقتضى إيجابه ولكن له حق ردها. وعلى هذا إذا مات المكفول له قبل إجازتها لم يترتب على الكفالة أثر فلم يكن لورثته مطالبة الكفيل على الرأي الأول ولزمت الكفالة على الرأي الثاني فكان لورثته مطالبته.

وقد كان مقتضى ما ذهب إليه القانون من أنها ضم ذمة إلى أخرى في الدين أن تتم في نظره بإرادة منفردة ولكنه ارتأى ما ذهب إليه كثير من الحنفية من توقفها على القبول إذ رأوا أنها تستتبع إثبات حق الدائن في مطالبة الكفيل بالدين ولا يثبت لإنسان حق رغم أنفه فوجب لذلك قبوله حتى يثبت له هذا الحق، ويظهر لي أن القانون وقد ذهب إلى ذلك لاحظ ما تعطيه الكفالة للدائن من حقوق وما يلزم به من التزامات نص عليها القانون ولا يلزم إلا برضاه.

هذا وأن ما روي عن رسول الله ﷺ في كفالة أبي قتادة للمتوفى المدين يدل على انعقادها بدون رضا الدائن بل وبدون أن يعلم من هو.

آثارها:

وبناء على ما تقدم يرى أن الكفالة عقد التزام من جانب واحد متبرعًا به لا يترتب عليه إلزام المكفول له ولا المكفول عنه بشيء ويكتسب به المكفول له حقًّا هو أثر لشغل ذمة الكفيل بالدين وذلك الحق هو مطالبة الكفيل بالوفاء، ولذا تتم ولو لم يعلم بها المدين كما تتم رغم معارضته وهذا ما عليه الجمهور والقانون م٧٧٥.

أما عند الشيعة الجعفرية وأهل الظاهر فالكفالة عقد يترتب عليه إلزام المكفول له بأن يستبدل بدينه دينًا آخر في ذمة الكفيل فلا يحق له مطالبة المدين الأصلي بعد تمامها سواء أوفاه الكفيل أم لم يوفه، وسواء ظل الكفيل على حاله أم أعسر وذلك لبراءة ذمة المدين الأصلي بمجرد كفالته.

أما عند الجمهور فلا تبرأ ذمة كل منهما إلا بالأداء سواء أقام به المدين الأصلي أو الكفيل، وتبرأ ذمة الكفيل إذا برئت ذمة الأصيل بأي سبب من الأسباب ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل. وإلى هذا ذهب القانون غير أن القانون قد انفرد ببعض أحكام تضمنتها المواد ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦ وهي أحكام لا يراها فقهاء الإسلام إذ لا يرون أن تقصيرا يصدر من الدائن يكون سببًا في براءة ذمة الكفيل من الدين أو من بعضه. وللدائن أن يطالب الكفيل في أي وقت شاء متى كان الدين حالاً بالنسبة له. فله أن يطالب به جميعه وله أن يطالبه ببعضه وله ألا يطالبه وله أن يطالب كلا من الأصيل والكفيل في وقت واحد بما يشاء من الدين وله أن يطالب الكفيل ولا يطالب الأصيل، كما له أن يطالب الأصيل دون الكفيل - ولا يطالب الكفيل إلا بما تضمنه عقد الكفالة فلا يطالب بشيء لم يتضمنه التزام الكفيل صراحة، وخالف في ذلك القانون المدني إذ تنص المادة ٧٨١ على أنه إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة بالدين تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستحقه من المصروفات بعد إخطار الكفيل فيسأل عن الفوائد وعن الشرط الجزائي إن وجد وعن التعويضات الناشئة عن تأخير الوفاء وعن نفقات المطالبة بالدين سواء كانت موجهة إلى الأصيل أم إلى الكفيل وعن نفقات التنفيذ، غير أنه إنما يسأل عن

نفقات المطالبة الأولى الموجهة إلى الأصيل وهي المصروفات التي ينفقها الدائن في بداية الإجراءات كنفقات التنبيه بالدفع ورفع الدعوى.

هذا، وقد روي عن مالك في رواية أنه ليس الدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين إذا ما كان حالًّا والأصيل حاضر موسر ليس ذا تشدد في الخصومة ولا مماطل في الوفاء - أو كان الأصيل غائبًا وله مال حاضر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة ما لم يكن قد اشترط على الكفيل أن يؤخذ بالحق أيهما شاء الدائن وإنما توجه المطالبة حينئذ إلى الأصيل، ويكون التنفيذ في ماله لا في مال الكفيل لأن الدين إنما وجب ابتداء على الأصيل ولم تكن الكفالة إلا للتوثيق فكان إلزام الأصيل أقرب إلى إنهاء الخصومة ولا موجب لإزعاج الكفيل حينئذ، وذلك اعتبارًا بالرهن فكما أنه لا سبيل إلى الرهن إلا عند إباء الراهن الوفاء فكذلك لا سبيل إلى الكفيل إذا ما كان الوفاء من الأصيل أمرًا يسيرًا - وهذه الرواية هي التي رجع إليها مالك أخيرًا، وبهذا أخذ ابن القاسم وابن رشد وابن وهب.

ويرى القانون في المادة ٧٨٨ أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحال أن يتمسك بهذا الحق - وتنص المادة ٧٩٢ على أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وكانت كفالتهم بعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم فإن الدين يقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة، أما إذا كانت كفالتهم بعقود متعددة فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين جميعه وهذا محل اتفاق بين الفقه والقانون المدني.

هذا، وما لم يؤد الكفيل إلى الدائن شيئًا من الدين فليس له أن يطالب المدين بشيء منه أما إذا قام بأداء الدين إلى الدائن فإن كان أداؤه إليه بنية التبرع عن المدين وعدم رجوعه عليه بشيء لم يكن له حق الرجوع اتفاقًا وإلا ففي ثبوت حق رجوعه على المدين مذاهب:

١ - ليس للكفيل حق الرجوع على المدين الأصلي في أية حال من الأحوال إلا إذا قال له المدين: أد هذا الدين عني فأداه فإنه في هذه الحالة يكون المدين مستقرضًا، وقد وكل المقرض بالأداء فيرجع بحكم والقرض الوكالة لا بحكم الكفالة.

٢- يثبت للكفيل إذا أدى حق الرجوع على المدين سواء أكانت الكفالة بإذن المدين أم بغير إذنه، وإلى هذا ذهب المالكية.

٣- يثبت للكفيل إذا أدى حق الرجوع إذا كانت الكفالة بأمر المدين سواء أدى بإذنه أم لا أو كانت الكفالة بغير إذنه ولكنه أدى الدين بإذنه، وإلى هذا ذهب أحمد - وذهب الشافعي إلى أنه لا يرجع إلا إذا كانت الكفالة والأداء بإذن المدين وذهب الحنفية إلى أنه لا يرجع إلا إذا كانت الكفالة بإذن المدين سواء أدى بإذنه أم لا.

٤- إذا لم يؤذن في الكفالة ولا في الأداء فلا يرجع عند الحنفية والشافعية وهي رواية عن أحمد، وفي رواية يرجع وهو مذهب مالك.

ويرى القانون أن الكفيل لا يثبت له حق الرجوع إلا إذا أخطر المدين بالوفاء قبل أن يقوم به ما لم يكن قد سقط حقه في الرجوع بسبب من الأسباب، وعند ذلك يكون له حق الرجوع عليه إذا لم يعارض المدين في الوفاء، ولو كان المدين قد قام بدفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه (م ٧٨٩ مدني).

(١١) الحوالة

اختلف الفقهاء في بيان حقيقة الحوالة فذهب كثيرمنهم إلى أنها عقد ينتقل به الدين في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ولذا لا تتم إلا بين طرفين أحدهما المحال لأنها على هذا المعنى تصرف في حقه وهو الدين بنقله من ذمة إلى أخرى، وليس لغيره سلطان على حقه. وثانيهما المحيل أو المحال عليه، فإن كان المحيل اشترط رضا المحال عليه لأن ذمته ستشغل بدين لم تكن مشغولة به. وإن كان المحال عليه اشترط رضا المدين الأصلي. لأن الدين سينتقل من ذمته وقد يناله ضرر المنة، وقيل لا يشترط رضاه حينئذ إذ التصرف في هذه الحال تصرف في مصلحته بفراغ ذمته من الدين، وممن ذهب إلى ذلك الحنفية.

ومنهم من ذهب إلى أنها بيع دين في ذمة المحيل بدين في ذمة المحال عليه لأن المحال قد استبدل بدينه الذي كان له في ذمة مدينه "المحيل" دينًا في ذمة المحال عليه للمحيل. ولذا لا تتم إلا بين "الدائن" المحال لأنه أحد طرفي هذه المبادلة إذ هو المالك للدين المبيع والمحيل لأنه الطرف الآخر إذ هو المالك للدين الذي في ذمة المحال عليه وجعل ثمنًا أو بدلاً.

ومن الفقهاء من ذهب إلى أنها إسقاط دين يعوض هو ما للمحيل من دين في ذمة المحال عليه. ونتيجة هذا الرأي كنتيجة الرأي السابق، ومال التشريع المصري إلى أنها نقل دين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وأنها عقد لا ينشأ إلا بين طرفين ولا ينشأ بإرادة منفردة وبناء على ذلك فلا تنشأ الحوالة بإرادة منفردة.

غير أن الحنابلة قد ذهبوا إلى أنها قد تنشأ بإرادة منفردة في حالة واحدة وهي ما إذا كان المحال عليه مليئًا - وذلك بأن يكون مليئًا بماله وقوله وبدنه وذلك لحديث أبي هريرة. فيما رواه الشيخان: "مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع". وفي رواية: "وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع"[1] - فقد أمر الدائن بأن يتبع المحال

(١) أخرجه البخاري (٢/ ٧٩٩، رقم ٢١٦٦)، ومسلم (٣/ ١١٩٧، رقم ١٥٦٤) وغيرهما.

 

عليه دون أن يشترط لذلك رضاه ودون أن يشترط لذلك قبول المحال عليه المدين فكان مقتضى الحديث تمام الحوالة على مليء بإرادة المدين وحده.

قالوا وإنما لم يشترط رضا المحال عليه لأنه مدين للمحيل، وللمحيل أن يستوفي دينه من مدينه بنفسه أو بنائب عنه، وقد أقام المحال مقامه في استيفاء دينه وقبضه فوجب على المحال عليه أن يدفعه إليه دون أن يتوقف ذلك على رضاه.

وأما عدم اعتبار رضا المحال فلأن من حق المدين أن يوفي دينه من أي مال يختار الأداء منه دون أن يكون للدائن حق في تخير المال الذي يستوفي دينه منه، وقد اختار المحيل وفاء دينه من ماله لدى المحال عليه فليس للمحال أن يأبى ذلك ولذا أمره الرسول ﷺ بأن يتبع من أحيل عليه، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر مع ملاحظة أنهم يشترطون لصحة الحوالة أن يكون المحال عليه مليئًا، وعلى ذلك تتم الحوالة دائمًا عندهم بإرادة المحيل فقط.

وعلى البيان السابق يرى أنهم جعلوا الحوالة في هذه الحال من قبيل توكيل المدين الدائن باستيفاء دينه من المحال عليه، وإذا كان الأمر كذلك وجب قبوله إذ لا يلزم الدائن باقتضاء دين لمدينه ليأخذه وفاء دين له في ذمته - ثم إن هذا البيان يستوجب ألا يترتب على الحوالة براءة ذمة "المحيل" المدين إذ لا تبرأ ذمته إلا بأدائه. وأمره غيره بقبض مال وفاء لدينه لا يكون أداء قبل قبضه فلا تبرأ ذمته بذلك الأمر كما لا يستوجب أن تنقطع مطالبة الدائن مدينه بالوفاء وذلك ما لم يقولوا به في الحوالة وآثارها - ولهذا يجب فهم الحديث على أن الأمر للإرشاد والندب لا للإيجاب وعليه فليس من الحوالة ما يتم بالإرادة المنفردة.

ثانيًا: الالتزام الذي لا يراد به التمليك من المتصرف

أما التصرفات الانفرادية التي لا تستوجب تملكًا لغير المتصرف فنوعان: نوع لا يترتب عليه شغل ذمة المتصرف لشبهه بالإسقاط. ونوع يترتب عليه شغل الذمة بالتزام له أثره.

فما يترتب عليه شغل الذمة هو التملك بالشفعة والتملك بحق التملك والإيجاب الملزم وما عدا ذلك مما سنذكره فهو من النوع الثاني وإليك بيانها:

(١) التمليك بالشفعة

الشفعة هي حق تملك المبيع من مشتريه بما قام عليه رضي أم أبى. فإذا اشترك اثنان في عقار فباع أحدهما حصته أو جزءًا من حصته لثالث كان لشريكه الآخر الحق في أن يتملك المبيع مشتريه بما دفع فيه من الثمن مضافًا إليه ما استتبعه شراؤه من نفقات ضرورية، سواء أطابت بذلك نفسه أم لم تطب، فيأخذ المبيع إما عن رضا وإما قسرًا بواسطة القضاء.

ولا يثبت هذا الحق إلا بخروج المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض مالي في معاوضة صحيحة، فكان ثمنًا في بيع لا أو جعل بدل صلح أو هبة بشرط عوض، فلا شفعة في مال لم يقدم صاحبه على إخراجه من ملكه أو أخرجه من ملكه متبرعًا به كأن وهبه لآخر بلا عوض أو أخرجه من ملكه في نظير عوض ليس بمال كما إذا جعله مهرًا في زواج أو بدل فرقة أو أجرًا على عمل، وهذا عند الحنفية، وخالف في ذلك الشافعي ومالك فأثبتا الشفعة في هذه الأحوال الثلاثة، إلا أن مالكًا يلزم الشفيع في هذه الأحوال بقيمته لا بقيمة بدله. أما الشافعي فيلزمه بقيمة بدله، فإذا جعل مهرًا أو بدل فرقة ألزمه مهر المثل وإذا جعل بدل عمل أو منفعة ألزمه بأجر مثل العامل أو بأجرة المثل المعروفة لهذه المنفعة. وهذان القولان وجهان من ثلاثة أوجه عند الحنابلة ثالثها أنه لا شفعة كما ذهب إليه الحنفية.

ولا يثبت هذا الحق إلا في عقار، ذهب إلى ذلك الحنفية، وإلى ذلك ذهب المالكية، غير أن العقار يشمل عندهم الأرض والبناء والشجر، وألحقوا به في ذلك الثمر على الشجر فأثبتوا الشفعة في الثمار إذا كانت أصولها باقية بعد جنيها، وإن بيعت بدون أصولها، ولم يثبتوها في غير ذلك من المنقول.

أما الشافعية فلم يثبتوها إلا فيما يقبل القسمة من العقار وهو رأي لبعض المالكية.

وذهب بعض السلف كعطاء وجابر إلى أنها تثبت في كل مبيع مشترك عقارًا كان أم منقولاً، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر.

ولا تثبت الشفعة عند الجمهور إلا في ماله مشترك بيع جزء منه. وعلى ذلك لا تثبت عندهم إلا للشريك.

وذهب الحنفية إلى أنها تثبت للشريك في نفس العقار المبيع ثم للشريك في حقه الخاص ثم للجار الملاصق له. ومرجع ذلك إلى آثار وردت أخذ بها الحنفية دون غيرهم.

ويرى الحنفية أن العقار المبيع إذا خرج من ملك صاحبه وتملكه آخر لم يتملكه الشفيع إذا أراد أخذه بالشفعة بمجرد طلبه لأن حق الشفعة ضعيف فلا يقوى مجرد الطلب على رفع ملك ثابت لمن تملكه، ولذا لا يتملك الشفيع بالشفعة إلا بأحد أمرين.

أولهما: تسلمه ممن تملكه عن رضى منه فيتملكه الشفيع من وقت تسلمه.

ثانيهما: قضاء القاضي له به إن أبى من تملكه تسليمه للشفيع فيتملكه من وقت القضاء به وإن لم يتسلمه فعلاً، ويعتبر تملك الشفيع له في الحالة الأولى بمنزلة شرائه من مالكه الأول أن تسلمه منه على ما فصله الحنفية في ذلك وعلى ذلك لا يكون التملك بالشفعة من قبيل الإرادة المنفردة.

وعند المالكية: يتملك الشفيع المشفوع فيه بأداء الثمن وإن لم يرض المشتري عن تملكه، وبقضاء القاضي له بالشفعة بناء على طلبه إذا ما احتاج إلى ذلك، وبمجرد الإشهاد على أنه أخذه بالشفعة، وبقوله أخذته بالشفعة وتملكته بها ونحوهما، ويلزمه ذلك إن أقدم على ذلك عالمًا بالثمن فإن لم يكن يعلمه لم يلزمه ذلك كما في منح الجليل[1].

وقال أحمد يملكه الشفيع بمجرد الطلب.

وقال الشافعي يملكه بالطلب بشرط أن يؤدي الثمن إلى من تملكه أو يرضى بثبوته دينًا في ذمة الشفيع.

وعلى ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد يكون التملك بالشفعة من قبيل الإرادة المنفردة إذ لا يتوقف عندهم إلا على إرادة الشفيع، وإذا لم يقم بدفع الثمن جازا إسهاله ثلاثة أيام فإذا مضت ولم يدفع فسخ القاضي الملك.

وللشفيع حق إسقاط شفعته بإرادته المنفردة كما سنشير إلى ذلك في الكلام على الإسقاطات.

(١) منح الجليل، الشيخ عليش عن أبي شاس، ج٣، ص٦٠٣ وما بعدها.



(٢) التملك باستعمال حق التملك

أشرنا فيما سبق إلى أن من الحقوق حقًّا يسميه فقهاء الشريعة بحق التملك ويسميه بعض رجال التشريع الوضعي بالحق المنشئ. ومقتضى هذا الحق أن يكون لمن ثبت له أن يتملك بإرادته المنفردة ما تعلق به هذا الحق من الأعيان.

وأظهر مثال لهذا الحق حق الشفعة فإن هذا الحق إذا ثبت لشخص من الأشخاص بناء على تحقق سببه كان لهذا الشخص وهو المسمى بالشفيع أن يتملك ما يشفع فيه أي ما تعلق به هذا الحق وهو المبيع الذي بيع لغير الشفيع، فإذا كان عقار مشترك بين شخصين أو أكثر فباع أحد الشركاء حصته الشائعة فيه لأجنبي أي لغير شريك فيه فإن حق الشفعة بناء على هذا البيع يثبت لكل شريك من الشركاء الآخرين فيه، ويكون لكل شريك أن يتملك حصة الشريك المبيعة جبرا عن بائعها وعن مشتريها بما قامت به على مشريها من الثمن حتى إذا أرادها الجميع كانت لهم بالاشتراك أو على حسب سهامهم في العين المشتركة بناء على ما في ذلك من خلاف بين الحنفية الذين يذهبون إلى التسوية وبين غيرهم، ويتملك الشريك الشفيع على رأي الجمهور بإرادته المنفردة وذلك بأن يقول تملكتها بالشفعة أو نحو ذلك مما يفيد هذا المعنى إذا كان عالمًا بالثمن وعند ذلك يلزمه الملك، فإن لم يكن عالمًا به لم يلزمه الملك وكان له تركه بإرادته المنفردة إذا علم بالثمن وهذا رأي مالك، وذهب أحمد إلى أنه يملك بمجرد الطلب ملكًا لازمًا وإن لم يكن يعلم الثمن، وقال الشافعي يملكه بذلك بشرط أن يدفع الثمن إلى المشتري، فإذا أبى المشتري تسلم الثمن ألزمه القاضي بتسلمه أو ناب عنه في ذلك، ويقوم مقام قبضه الثمن رضاه بثبوت الثمن في ذمة الشفيع وبتأجيل دفعه إياه إلى حين.

أما عند الحنفية فيمتلكها بتسلمها من مشتريها عن رضا منه من وقت تسلمها فإن أبى تملكها بقضاء القاضي له بها بعد طلبه فيمتلكها من وقت القضاء. وعلى ذلك فالتملك بالشفعة لا يكون بالإرادة المنفردة عند الحنفية.

ومن ذلك أيضًا تملك أحد الشريكين أو الشركاء في الدين المشترك حصته فيما يقبضه أحد الشركاء من هذا الدين، فإذا كان له ربع الدين مثلاً تملك بإرادته المنفردة ربع ما قبضه صاحبه من الدين فيرجع بذلك عليه دون أن يكون للقابض حق المعارضة، وكذلك الوارث للتركة المدينة يتملكها بإرادته المنفردة إذا قام بوفاء الدين من ماله، وقد أشرنا إلى ذلك الوارث وإلى غيره من حالات التملك بالإرادة المنفردة عند ثبوت هذا الحق وذلك عند كلامنا في التعريف بالحق وفيما ذكرنا كفاية.

الإيجاب الملزم:

ينشأ العقد بإيجاب وقبول، والإيجاب هو ما صدر من أحد العاقدين موجهًا إلى الآخر، والقبول ما صدر ثانيًا من الآخر دالاً على رضاه بالإيجاب فإذا قال شخص لآخر بعتك هذه السيارة بكذا كان ذلك منه إيجابًا بالبيع، وإذا أجابه الآخر بقوله قبلت كان ذلك منه قبولاً. وكذلك إذا قال مريد السيارة ابتداء لصاحبه اشتريت منك هذه السيارة بكذا كان ذلك منه إيجابًا، وإذا أجابه صاحبه بقوله قبلت كان ذلك منه قبولاً، ونشأ العقد في الحالين. وهذا اصطلاح الحنفية وعليه جرى رجال القانون وهو خلاف ما جرى عليه المالكية والحنابلة والشافعية إذ إنهم حين شرحهم لهذا الموضوع يبين منه أن الإيجاب عندهم هو ما صدر من المملك، والقبول هو ما صدر من المتملك. على أن هذا الخلاف في الاصطلاح على التسمية لا يترتب عليه آثار ترجع إلى الأحكام.

ويلاحظ أن كلا من الإيجاب والقبول لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير عنهما قرينة على العلم بهما ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م ٩١ مدني).

وعلى هذا فإذا ما تكلمنا على الإيجاب الملزم فإنما نريد به ما صدر أولاً من أحد العاقدين موجهًا إلى صاحبه بقصد إنشاء عقد من العقود فينشأ العقد إذا ما أجابه صاحبه بالقبول أي بالموافقة والرضا بما تضمنه الإيجاب.

وإنما ينشأ العقد إذا صدر ذلك القبول والموجب لا يزال على إيجابه، أما إذا صدر بعد زوال الإيجاب وسقوطه بأي سبب من الأسباب كعدول صاحبه عنه أو رفضه ممن وجه إليه أو انتهاء مجلس العقد فإن العقد لا ينشأ وعند ذلك يعتبر ذلك القبول إيجابًا مبتدأ فإذا تلاه في المجلس قبول من الموجب الذي سقط إيجابه نشأ العقد.

ما للإيجاب من الالتزام:

كان القضاء قبل صدور القانون المدني الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ جاريًا على أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما لم يقترن به القبول إلا أنه مع ذلك كان يذهب إلى أن الإيجاب إذا اقترن بأجل لزم الموجب البقاء على إيجابه طيلة هذا الأجل سواء أكان اقترانه بالأجل صريحًا؛ كما إذا نص الموجب على أنه باق على إيجابه إلى وقت كذا، أم كان ضمنيًا بأن دلت على ذلك ظروفه وملابساته وذلك لأن القانون القديم لم يكن يحوي نصًا يفيد إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول به وكانت الفكرة في إلزام الموجب بإيجابه في حال اقترانه بأجل تقوم على أن هناك عقدًا تم بين الموجب ومن وجه إليه الإيجاب يلزم الموجب بألا يعدل عن إيجابه قبل الموعد المحدد وأن هذا العقد قد تم بقبول ضمني ممن وجه إليه الإيجاب إذا كان هذا الأجل في مصلحته، وذهب القضاء أيضًا إلى أن عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب قد يجعل لمن وجه إليه الإيجاب حقًا في التعويض على أساس المسئولية التقصيرية - راجع ج١ ص ٢٠٨ بند ١٠٣، وكان الفقه يرى رأي القضاء غير أن الرأي فيه كان يتردد في مرجع هذه القوة الملزمة إلى نظرية الإرادة المنفردة أو إلى نظرية العقد الضمني أو إلى نظرية المسئولية التقصيرية.

ولما صدر القانون الجديد سنة ١٩٤٨ صدر بنظام تشريعي استقر به وضع هذه المسألة فجاء في المادة ٩٣:

١ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

وكان المشروع التمهيدي لهذا القانون يحوي نصًّا سابقًا على هذا النص جاء فيه: كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملتزم به أو ما لم يبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه وقد رئي حذف النص والعدول عنه لأنه يفيد أنه ليس للموجب حق العدول عن إيجابه قبل القبول كمبدأ عام إذا لم يكن لإيجابه ميعاد يلتزم به فيه إذ لم يكن ذلك مرغوبًا فيه من الناحية التشريعية ولم ير الشارع الأخذ بذلك.

وبناء على ذلك أصبح الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزمًا لصاحبه.

وكان الأساس الذي تقوم عليه هذه الفقرة الملزمة هو الإرادة المنفردة إذ لا موجب لهذا الالتزام إلا إرادة الموجب التي أقرها القانون بهذا النص.

ومن البين أن تحديد الميعاد الذي يلتزم فيه الموجب بإيجابه يكون في أكثر الأحوال صريحًا، وقد يكون ضمنيًّا مستفادًا من ظروف التعامل أو من طبيعته كما إذا عرض مالك آلة أن يبيعها وأوجب بيعها تحت شرط التجربة فإن ذلك يفيد إرادة الموجب أن يلتزم بإيجابه طيلة المدة التي تتم فيها التجربة. وعند النزاع فيها يرجع في تقديرها إلى المحكمة.

وكذلك إذا صدر الإيجاب لغائب دون تحديد ميعاد فإن الموجب يلتزم بإيجابه طيلة الوقت الذي يتسع لوصول الإيجاب إليه ثم لوصول قبول من الغائب في وقت مناسب بالطريق المعتاد.

هذا، ويبقى الموجب ملتزمًا بالبقاء على إيجابه المدة المحددة بأحد هذين الطريقين ما لم يسقط ذلك بالإيجاب برفض الطرف الآخر قبل انقضاء المدة - وفي غير هذه الحال يبقى الموجب على إيجابه على أن يكون له حق التحلل منه والعدول عنه في أي وقت شاء قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر.

وعلى هذا يلاحظ أن الإيجاب الملزم يسقط في حالين:

١ - رفض الطرف الآخر له قبل انقضاء المدة المحددة.

٢- انقضاء المدة المحددة له - وذلك ما يستفاد من تحديد المدة إذ يعتبر تحديدها كاشفًا عن نية الموجب في ذلك.

أما الإيجاب غير الملزم وهو لا يكون إلا بين حاضرين في مجلس العقد دون تحديد مدة له فإنه يسقط بعدول الموجب عنه في المجلس قبل أن يقترن به القبول كما يسقط بانتهاء المجلس قبل صدور القبول ممن وجه إليه (م ٩٤ مدني)، ونصها:

١- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل. من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا وكذلك الحال إذا أصدر الإيجاب من شخص بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل.

٢- ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فورًا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول إذا كان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد[1].

وما ذهب إليه القانون في ذلك يتفق إلى حد ما مع ما ذهب إليه جمهور المالكية فقد ذهبوا إلى أن الموجب يلتزم بإيجابه إذا حدد لذلك ميعادًا كما يتقيد كذلك بإيجابه بما يجري به العرف إذا جرى العرف على تقييد الموجب بمدة معينة.

وقد يضاف إلى ذلك أيضًا بناء على القواعد العامة التي يقوم عليها مذهب المالكية من مراعاة ظروف الأحوال. والعادة أن الموجب يتقيد كذلك بإيجابه المدة التي تقضي الظروف والملابسات أو طبيعة التعامل بتجديدها - ألا يرى أنهم قيدوا العارية والقرض بمثل ذلك ولو لم ينص فيهما على مدة - وذلك ما يتفق مع ما أخذ به القانون المدني كما تقدم، ويلاحظ في ذلك أنه لا ينظر حينئذ إلى مجلس العقد ببقاء أو انقضاء.

وكذلك ذهبوا إلى أن الموجب يلتزم بإيجابه ما دام المجلس إذا دل إيجابه على إرادته إنشاء العقد دلالة صريحة قاطعة لا تحتمل تأويلاً بإرادة العدة أو المساومة أو

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص١٩ وما بعدها والوسيط ج١، ص ٢٠٦ وما بعدها.

نحو ذلك. ومثلوا لذلك بأن يكون الإيجاب بصيغة الماضي كأن يقول البائع بعتك هذه السيارة بكذا أو يقول المشتري ابتداء اشتريت منك هذا المنزل بكذا ففي هذه الحال يلتزم الموجب بإيجابه ما دام مجلس العقد قائمًا إلى أن يصدر من الطرف الثاني ما يدل على قبوله فيتم العقد أو على رفضه الإيجاب فيسقط الإيجاب ولا يحق له العدول عنه قبل ذلك.

وقد جاء في الخطاب (ج٤، ص ٢٤١) ما نصه: لو رجع أحد المتبايعين عما أوجبه لصاحبه قبل أن يجيبه الآخر لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول - وهذا النص قد جاء عامًّا في تفسير القرطبي عند كلامه على قوله تعالى: ﴿ ...وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ... ﴿٢٧٥﴾ ﴾ [البقرة]. إذ ذكر فيه هذا النص وذكر أن في هذا الحكم خلافًا عند المالكية وأن الرأي الغالب هو التزام الموجب بإيجابه، ولكنه قد جاء في حاشية العدوي على الخرشي، وفي شرح منح الجليل مقيدًا بأن ذلك في حالة ما إذا كان الإيجاب بصيغة الماضي لظهور دلالته على إنشاء العقد[1].

ولا شك أن ما ذهب إليه المالكية يرجع إلى ما ذهبوا إليه من القول بأن الإرادة المنفردة مصدر من مصادر الالتزام على ما شرحناه فيما سبق.

وخالف في ذلك جمهور الفقهاء فذهبوا إلى أن الموجب لا يلتزم بإيجابه في أية حالة من حالات الإيجاب صرح بالتزامه أم لم يصرح - حدد له مدة أم لم يحدد. فهو في حل من رجوعه عن إيجابه في المجلس قبل أن يتصل القبول به وذلك بناء على أن متبرع في عرضه فهو في حل منه ما لم يتصل به قبول الآخر إذ ينشأ العقد عند ذلك.

ومن البين أن المراد بالتزام الإيجاب هو عدم جواز العدول عنه في مدة معينة، وعلى ذلك يكون من صدر منه الإيجاب قد التزم بالتزامين لكل منهما مصدره، أحدهما التزام بعدم العدول عنه وهذا الالتزام وجد بوجود الإيجاب إلى ما قبل اقتران القبول به ومصدره هو إرادة الموجب المنفردة - والثاني التزام بتنفيذ ما عرضه على المتعاقد الآخر وهذا الالتزام لا يوجد إلا عند اقتران القبول به أي بتوافق الإرادتين ومنشأ هذا الالتزام هو العقد.

---

(١) راجع القرطبي، ج٣، ص٣٥٢؛ ومنح الجليل والخرشي عند الكلام على صيغة عقد البيع.

ومن المفهوم أن فكرة التزام الموجب بإيجابه في بعض الحالات جرى عليها القضاء قبل صدور القانون الجديد بناء على عقد ضمني يتمثل في أن الموجب قد عرض على صاحبه أن يلتزم بعدم العدول عن إيجابه مدة معينة وقد قبل الطرف الآخر هذا العرض بسكوته لأنه في مصلحته، وعلى ذلك يكون مصدر ذلك الالتزام هو العقد لا الإرادة المنفردة للموجب، إلا أنه لم يعد لهذا الافتراض محل بعد صدور القانون الجديد وما جاء به من نصوص تفيد أن مرد ذلك هو الإرادة المنفردة.

ومما يحسن أن نشير إليه هنا ما ثار من خلاف في أثر وفاة الموجب أو فقد أهليته حال قيام إيجابه الملزم قبل قبول من وجه إليه؛ فالفقه الإسلامي يذهب إلى سقوط الإيجاب وبطلانه بوفاة صاحبه أو يفقد أهليته قبل قبول من وجه إليه، ذلك لأنه بوفاته انتقل محل العقد بالوراثة إلى ورثة الموجب فصار ملكًا لهم وبذلك تبطل إرادته فيه وكذلك إذا فقد أهليته بطلت إرادته فلا يكون لها بقاء.

أما الفقه الوضعي فقد اختلف فيه الرأي فقد كان القانون المدني القديم يرى الإمعان في الربط بين التعبير وصاحبه فإذا توفي أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره سقطت الإرادة والتعبير وامتنع أن يترتب عليه أي أثر.

أما القانون الجديد فقد ذهب إلى أن التعبير إذا صدر من صاحبه كان له وجود ذاتي مستقل، ويبقى له هذا الوجود وإن مات صاحبه أو فقد أهليته فإذا وصل إلى علم من وجه إليه إن كان غائبًا استكمل وجوده القانوني وأصبح صالحًا لأن ينتج أثره وهذا ما دلت عليه المادة ٩٢ مدني.

على أن فريقًا من الفقهاء يذهب إلى أن القول ببقاء الإيجاب بعد وفاة صاحبه أو فقد أهليته لا ينتهي إلى القول بإنشاء العقد إذا وصل إلى علم من وجه إليه فقبل ذلك لأن قبوله بعد صدوره يجب أن يصل علمه إلى الموجب بمقتضى المادة ٩١ مدني، وذلك ما لا يكون بعد وفاة الموجب أو فقد أهليته ولهذا لا ينشأ العقد - غير أن فريقًا آخر يرى خلاف هذا الرأي إذ يجعل وارث الموجب أو الولي عليه قائمًا مقامه في العلم بالقبول - وهذا هو الرأي الراجح وإلا ما كان لبقاء الإيجاب في هذه الحال جدوى.

رد الإيجاب ممن وجه إليه

علمت مما سبق أحوال الإيجاب ومتى يكون ملزمًا للموجب ومدى هذا الإلزام، ومتى يكون غير ملزم فيجوز له العدول عنه بإرادته المنفردة، كما تبين لك أيضًا ما يبطل به الإيجاب من الأسباب في حاليه المذكورتين، وأن من هذه الأسباب رده ممن وجه إليه بإرادته المنفردة.

ونريد الآن أن نزيد ذلك بيانًا فنقرر أن رد الإيجاب ممن وجه إليه مبطل له في جميع أحواله سواء منه ما كان مقترنًا بمدة يلتزم به فيها الموجب وما لم يكن مقترنًا بمدة، وسواء منه ما صدر في حضرة من وجه إليه وما صدر في غيبته. ففي جميع هذه الأحوال كلها يبطل الإيجاب برده ممزوجة بإرادته المنفردة قبل قبوله فلا يكون له وجود بعد ذلك، حتى إذا حدث منه قبول بعد ذلك لم يفده قبوله ولم ينشأ ما قصد إليه الموجب من عقد فإذا اقترن الإيجاب بميعاد التزم فيه الموجب بالبقاء على إيجابه فرده من وجه إليه في إثنائه بطل ولم يكن له أن يقبله بعد ذلك في نفس الميعاد - وكذلك إذا لم يقترن بموعد فرده من وجه إليه في مجلس العقد بطل أيضًا ولم يكن له أن يقبل بعد ذلك ولو كان ذلك في نفس المجلس. وكذلك إذا صدر الإيجاب في غيبة من وجه إليه فبلغه فرده بطل أيضًا ولم يكن له القبول بعد رده متى كان رده قد وصل إلى علم الموجب قبل وصول القبول إليه إذا فرض وقبله من وجه إليه بعد رفضه، وعلى ذلك فرد الإيجاب لا يكون مبطلاً له إلا من الوقت الذي يصل فيه إلى الموجب إذ إنه تعبير عن إرادة لمن وجه إليه الإيجاب والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ويعتبر وصوله إليه قرينة على العلم به (م ٩١ مدني) فإذا لم يصل الرفض إلى الموجب كان له أن يقبل لبقاء الإيجاب حينئذ. كما أن لمن وجه إليه الإيجاب أن يرده ويرفضه بعد قبوله ما دام أن هذا القبول لم يصل إلى الموجب، وبعبارة أخرى إذا ما وصل الرفض قبل القبول[1].

---

(١) راجع الوسيط، ج١، ص ١٨٢ وما بعدها.

أما فقهاء الشريعة فلا يجعلون التزام الرافض برفضه موقوفًا على اتصال علم الموجب بذلك الرفض، بل يرون أن من وجه إليه الإيجاب ليس له أن يقبل بعد صدور رفضه منه ولو لم يصل علم ذلك إلى الموجب، وليس له أن يرفض بعد صدور قبوله ولو لم يصل علم إلى الموجب.

وذهب الحنفية إلى استثناء الإيصاء وهو إقامة وصي عن المتوفى من هذا الأصل فقالوا إن قبول الإيصاء كما يكون في حياة الموصي يكون بعد وفاته وكما يكون في حضرة الموصي يكون في غيبته ولكن لايترتب على الإيصاء أثره إلا عند الوفاة وبعد القبول. وأنه إذا رد الإيجاب حال حياة الموصي قبل قبوله منه لم يصح رده إلا إذا علم الموصي بذلك بأن يحصل الرد في حضرته أو يرسل إليه به كتابًا أو رسولاً إن حدث في غيبته فإذا حدث ذلك بطل الإيجاب برده ولم يكن له أن يقبل بعد ذلك. أما إذا لم يعلم الموصي برده فإن الإيجاب لا يبطل بذلك الرد ويكون له أن يقبل بعد ذلك في حياة الموصي أو بعد وفاته وإذا سكت من أوصى إليه فلم يقبل ولم يرد حتى توفي الموصي ثم رد لم يصح رده وكان له أن يقبل بعد ذلك بعدم بطلان الإيجاب برده هذا ما لم يقره القاضي عليه فإذا أقره عليه بطل الإيجاب ولم يكن له أن يقبل خلافًا لزفر، إذ يرى أن هذا الرد مبطل للإيجاب كما هو الحكم في كل العقود.

(٣) الإيصاء والتوكيل

جرى كثير من الفقهاء على استعمال اسم "الوصية" فيما تقدم بيانه وهو التبرع المضاف إلى ما بعد الموت وعلى استعمال اسم "الإيصاء" في إقامة الإنسان غيره لينظر في شئون تركته بعد وفاته أو في شئون أولاده القصر ومن في حكمهم أو في بعض هذه الشئون ومثله اسم "الوصاية". ومن هذا يرى أن الإيصاء قد يكون عامًا مطلقًا وقد يكون خاصًا بشأن من الشئون أو مقيدًا كأن يقام الوصي على ما يتركه الموصي من أموال في بلد معين دون غيرها ونحو ذلك.

والتوكيل هو إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم جائز له - حال حياته وقد نص جمهور الفقهاء علي أن كلا من الإيصاء والتوكيل عقد ينشأ بإيجاب وقبول وأن القبول كما يكون قولاً كقبلت يكون فعلا وذلك بأن يباشر الوصي أو الوكيل ما أوصى إليه به أو ما وكل فيه.

كذلك نصوا على أن القبول فيهما لا يتقيد بمجلس الإيجاب فيصح أن يكون بعده حال حياة الموصي أو الموكل أو بعد وفاة الموصي بالنسبة إلى الإيصاء كما يصح في حضرة كل منهما أو في غيبته ولكن لا يترتب على الإيصاء أثره إلا بعد وفاة الموصي، وعلى ذلك لا يكون قبول الإيصاء بالفعل إلا بعد وفاة الموصي أما في حياته فلا يكون إلا بالقول أو بالكتابة.

وبناء على ما ذكر قرر الفقهاء أنه إذا وكل إنسان آخر في شأن خاص من الشئون حال غيبة الوكيل فلم يقبل قولاً ولا كتابة حتى باشر ذلك الشأن فقام به وفق إرادة الموكل نفذ هذا التصرف على الموكل وعد قيام الوكيل به قبولاً للوكالة. وعلى هذا الأساس حضور المحامين في القضايا التي يوكلون فيها حال غيبتهم بالنيابة عن موكليهم وكذلك إذا أقام شخص آخر وصيًا على تركته ثم توفي مصرًا على ذلك فباشر الوصي بعد وفاته تصرفًا من التصرفات التي يقوم بها الوصي بأن أجر من التركة عينًا من الأعيان أو استغلها فإن ذلك التصرف ينفذ ويعتبر قيام الوصي به قبولاً للوصاية وذلك أساس ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن كلًا منهما يتم بالإيجاب أي بالإرادة المنفردة ولا يتوقف تمامه على القبول.

وقد نص الشافعية على أنه لا يشترط علم الوكيل ولا علم الوصي بالوكالة أو الوصاية عند قبولهما الفعلي فإذا وكل إنسان آخر ببيع منزل معين ولم يتصل علمه بهذه الوكالة ولكنه باعه قبل أن يعلم بها نفذ تصرفه باعتباره وكيلاً وألزم به الموكل. وكذلك إذا أقام شخص وصيًّا على تركة ثم توفي مصرًّا على ذلك ولم يعلم بهذا الإيصاء الوصي ولكنه مع ذلك قام بعد وفاة الموصي بعمل من أعمال التركة نفذ تصرفه باعتباره صادرًا من الوصي - وقالوا في تعليل ذلك أن كلا من الإيصاء والتوكيل إنما هو رفع حجر عمن وكل أو أوصى إليه وذلك بإزالة الموانع التي تحول دون نفاء تصرفه - ذلك لأن كلا من الوكيل والوصي إنما يتصرف بأهليته وإرادته وإنما منع من نفاذ تصرفه في ملك غيره حق المالك واختصاصه بالتصرف فيه. فإذا ما وكل أو أوصى إليه فقد تنازل الموكل أو الموصي عن ذلك الحق وعما يترتب له من حق الاعتراض على ذلك التصرف بناء على ماله من ملك، وعلى هذا ينتهي كل من الإيصاء والتوكيل في الواقع إلى ضرب من الإباحة، أي أن كلا منهما يكون عبارة عن إباحة صادرة من الموصي أو الموكل للوصي أو للوكيل بأن يتصرف. وقاس الشافعية ذلك على تصرف شخص في مال مملوك لأبيه وهو يظن حياته ثم يظهر أنه إنما تصرف بعد وفاته ولم يكن له وارث سواه فإن هذا التصرف ينفذ عليه ويلزم به لأنه تصرف بأهليته حيث لا مانع يمنع من ذلك - وبناء على هذا يكون كل من الوكالة والإيصاء مما ينشأ بإرادة منفردة من الموكل أو الموصي.

غير أنه يلاحظ مع ذلك أنه عندما يستوجب كل منهما تكليفًا للوكيل أو للوصي فإن هذا التكليف لا يتم إلا بقبول كل منهما لفظًا أو فعلاً وهو عالم بذلك إذ لا إلزام بدون التزام[1]، وعلى ذلك لا يكون قبول الوصي ولا الوكيل إلا لطمأنينة الموكل أو الموصي على أن رغبته مقبولة غير مفروضة وأن كلا منهما سيقوم بما عهد به إليه فيه.

وذهب الحنفية إلى التفرقة بين الإيصاء والوكالة فلم يشترطوا في الإيصاء علم الموصي بالإيصاء إذا ما باشر شيئًا بعد وفاة الموصي واعتبروه وصيًّا بالمباشرة وحكموا

(١) راجع نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٧.

على تصرفه بالنفاذ، واشترطوا ذلك بالنسبة للوكيل فإذا باشر ما وكل فيه غير عالم بالوكالة كان فضوليًّا في تصرفه ولم ينفذ إلا بالإجازة. وقالوا في الفرق بينهما: أن الإيصاء من قبيل الخلافة كالوراثة فلا تتوقف على العلم كما لا تتوقف الوراثة عليه وذلك أن الشارع جعل للموصي أن ينشئ خلافة عنه بالوصاية وعلى ذلك يعتبر الوصي خليفة عن الموصي فيما عهد إليه به بمجرد موته بناء على ما صدر منه من إيجاب، وإنما احتيج إلى القبول لإعلان التزامه بما يترتب على الوصاية من التزام وعليه إذا تصرف قبل أن يعلم تصرف عن ولاية فينفذ تصرفه، وليست الوكالة كذلك لأنها تمليك إذ الوكيل يستمد بها سلطة التصرف من الموكل فيملك بها ما لم يكن يملك من قبل. وعلى ذلك لا تتم إلا بالقبول. ولا قبول لما لا يعلم فإذا ما تصرف قبل أن يعلم فباشر ما وكل فيه لم ينفذ تصرفه لأنه تصرف لا عن ولاية - وبناء على ذلك يرى الحنفية أن الإيصاء يتم بالإرادة المنفردة بخلاف التوكيل لأنه على هذا من قبيل التمليك ويرى القانون المدني أن الوكالة عقد لا ينشأ إلا بين طرفين (م ٦٩٩).

وجملة القول أنه إذا ما اقتضت الوصاية أو الوكالة تكليفًا يسأل عنه الوصي أو الوكيل وجب اتفاقًا قبوله ليصير ملتزمًا بذلك. أما ولاية التصرف فمردها إلى الأهلية وكل منهما إنما يتصرف بأهليته وإنما منع من نفاذ تصرفهما حقوق المالك فإذا زال هذا المانع بالتوكيل أو بالإيصاء نفذ، وإذا نظرنا هذا النظر رجحنا مذهب الشافعية - ويؤيده أن تصرف الأوصياء في مال الصغار إنما يكون بولايتهم دون أن يستمدوه من غيرهم. وإذا قلنا أن الوكيل يستمد ولايته في تصرفه من الموكل فيملك بالوكالة ما لم يكن يملك وليس كذلك حال الوصي رجحنا مذهب الحنفية وهو ما ذهب إليه القانون في الوكالة، أما الوصاية فلم يتعرض لها القانون لأنها من الأحوال الشخصية.

إنهاء التصرف بالإرادة المنفردة أو العدول عنه

ذكرنا فيما سبق أن العقد الصحيح عند الحنفية إما موقوف وإما نافذ تترتب عليه آثاره لصدوره ممن له ولاية إصداره شرعًا. وأن النافذ قد يكون لازمًا ليس لطرف من طرفيه أن يستقل بفسخه وذلك كالبيع والإجارة ومثله في الحكم من التصرفات الطلاق وإسقاط الحقوق والإيجاب الملزم إذ لا يملك المتصرف فيها فسخها أو العدول عنها، وقد يكون غير لازم وعند ذلك قد يكون غير لازم بالنسبة إلى كل من طرفيه فيستبد أي طرف منهما بإنهائه وفسخه بإرادته المنفردة دون توقف على رضا الآخر.

وذلك كالوكالة والعارية والشركة وقد يكون غير لازم بالنسبة إلى أحد طرفيه فقط كالرهن فيجوز للمرتهن فسخه وإنهاؤه بإرادته المنفردة وكالكفالة فيجوز للمكفول له إنهاؤها كذلك بإرادته المنفردة وليس يجوز ذلك للراهن ولا للكفيل في الكفالة.

أما عند الجمهور فقد ذكرنا أن العقد الموقوف من أقسام الصحيح وأن الصحيح لا يكون إلا نافذًا وأنه ينقسم إلى لازم وإلى جائز وهو المعبر عنه سابقًا عند الحنفية بغير اللازم. والتصرفات غير اللازمة على العموم وهي الجائزة بالنسبة إلى طرفيها هي الوكالة والإيصاء والوصية والشركة والمضاربة والوديعة والعارية والعقد إذا كان فيه خيار شرط مشرط لطرفيه والقرض والعقد فيه خيار المجلس إذا حدث العدول منه في مجلس العقد عند القائل بخيار المجلس من الفقهاء وهم الشافعية والحنابلة، والإيجاب غير الملزم فلكل من الموجب ومن وجه إليه هذا الإيجاب أن يبطله. والهبة قبل القبض وكذلك العمرى والرقبى، ففي جميع هذه العقود لكل طرف من أطرافها بإرادته المنفردة أن يفسخها.

أما التصرفات غير اللازمة بالنسبة إلى أحد طرفيها فقط فهي:

الرهن إذ إنه غير لازم بالنسبة إلى المرتهن فله دون الراهن أن يفسخه بإرادته المنفردة. والكفالة فهي غير لازمة بالنسبة إلى المكفول له فله دون الكفيل أن يفسخها

بإرادته المنفردة - والمزارعة بالنسبة لمن شرط عليه من المتعاقدين البذر وذلك قبل إلقائه في الأرض حتى يتحلل من إتلاف ماله وهو البذر - بإلقائه في الأرض وقد ينبت وقد لا ينبت، والعقد فيه خيار شرط لأحد عاقديه في مدة الخيار والبيع بالنسبة للمشتري إذا وجد عيبًا في المبيع أو إذا اشترى ما لم يره أو إذا اشترى أحد شيئين أو ثلاثة أو إذا فات ما اشترطه في المبيع من وصف أو إذا استحق بعض المبيع بعد التسليم وترتب على ذلك عيب في باقيه أو قبل التسليم مطلقًا أو هلك بعض المبيع قبل قبضه - والزواج بالنسبة إلى الزواج فله إنهاؤه بالطلاق بإرادته، والجعالة قبل إتمام العمل فللجاعل الرجوع عنها على ما قدمنا. والوعد بالنسبة للواعد على ما ذهب إليه الجمهور، والإيجاب الملزم بالنسبة إلى من وجه إليه فله إبطاله برفضه.

وذلك هو الحكم في الشريعة الإسلامية على الجملة أما في القانون فالحكم فيه لا يختلف عن الحكم في الشريعة الإسلامية في الوصية والإيصاء والوعد بجائزة عند عدم تقييده بمدة والعدة والرهن والكفالة والوكالة والوديعة والإيجاب غير الملزم والشركة - أما القرض فلا يملك المقرض أن يعدل عنه بعد تمامه (م ٥٢٩ مدني) وكذا العارية لا يملك المعير العدول عنها (م ٦٣٦ مدني)، وكذلك الهبة لا يملك الواهب العدول عنها بإرادته المنفردة.

إنشاء المؤسسات

المؤسسة شخص اعتباري ينشأ ويوجد بتخصيص مال مدة غير مؤقتة لعمل إنساني أو ديني أو علمي أو فني أو لأي عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام دون قصد إلى أي ربح مادي، ويكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية يصدرها المنشئ بإرادته المنفردة.

ويعتبر هذا السند أو الوصية دستور المؤسسة ويجب أن يشتمل على اسم المؤسسة ومركزها والغرض الذي أنشئت لتحقيقه وبيان الأموال التي رصدت لهذا العمل وطريق إدارة المؤسسة. وقد جاء ذكر إنشاء المؤسسات في المواد ٦٩، ٧٠ إلى

٨٠ وقد أجازت المادة ٧٢ لمن أنشأ المؤسسة بسند رسمي أن يعدل عنها بسند رسمي آخر وذلك إلى أن يتم شهرها وفقًا للمادة ٥٩ من القانون ومتى تم شهرها لم يجز له العدول عنها.

ومن البيان المتقدم يتضح أنه من الجائز أن يكون إنشاء المؤسسة بطريق الوقف الخيري فهو ليس إلا رصد مال لعمل من أعمال الخير وذلك ما يتناول إنشاء المؤسسات وأغراضها، غير أن المادة ٧٨ من القانون نص فيها على أن الأحكام التي تضمنها القانون في المواد المشار إليها سابقًا لاتسري على ما أنشئ من المؤسسات بطريق الوقف بل تطبق عليها أحكام القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وماتلاه من التشريعات وأحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق.

وليس يعنينا في مقامنا هذا إلا بيان ما للإرادة المنفردة من أثر في إنشاء المؤسسات والعدول عنها قبل شهرها، ومن البيان السابق يتضح أنها تنشأ بالإرادة المنفردة سواء أكان إنشاؤها بسند رسمي أو بوصية أو بكتاب وقف مستوف لما اشترط فيه قانونًا كما أن العدول عنها كذلك يكون بالإرادة المنفردة ممن أنشأها.

تطهير العقار المرهون:

من فروع تطبيق الإرادة المنفردة الالتزام الذي يصدر من حائز العقار المرهون بإرادة تطهيره بعد توافر الشروط التي اشترطها القانون في ذلك، فإذا ما وجه حائز العقار المرهون إعلانًا على يد محضر يعرض فيه على جميع الدائنين المقيدة ديونهم قبل تملك الحائز للعقار المرهون استعداده للوفاء بهذه الديون في حدود القيمة التي يقوم بها العقار في الحال وكان عرضًا باتًا منجزًا غير مقترن بشرط أو أجل فإنه بهذا العرض بناء على إرادته المنفردة يصبح ملتزمًا بذلك فلا يملك الرجوع عنه بل يستمر عرضه قائمًا المدة التي حددها القانون لإظهار الدائنين رغبتهم للقبول أو الرفض وهي ثلاثون يومًا من وقت الإعلان بالعرض، ولهم في هذه المدة الخيرة بين قبول هذا العرض أو رفضه - وليس لهذا نظير في الفقه الإسلامي.

(٤) الرجعة

يعرفها الحنفية بأنها استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك ويعرفها الشافعية بأنها رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة.

وهي حق للزواج إذا ما طلق زوجته طلاقًا رجعيًا في عدة هذا الطلاق ويكون الطلاق رجعيًا على ما ذهب إليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذا كان بعد الدخول وليس في نظير عوض ولم يكن مكملاً للثلاث.

وتتم بإرادة الزوج بكل ما يدل على معناها كراجعتك ورددتك وأمسكتك ولا يشترط فيها رضا الزوجة بل ولا إعلامها بها عند الجمهور، وعلى هذا فالرجعة تتم بإرادة الزوج المنفردة وليس لهذه الشريعة نظير في القانون.

إجازة العقود الموقوفة وإبطالها:

يرى فقهاء الشريعة أن العقد إما صحيح وإما غير صحيح ولكنهم مع ذلك قد اختلفوا في بيان كل من الصحيح وغير الصحيح.

فالحنفية يرون أن الصحيح ما كان سببًا صالحًا لترتب آثاره الشرعية جميعها عليه وهولا يكون كذلك إلا إذا تحقق معناه وسلم محله وأركانه وذلك بتوفر شروط انعقاده وشروط صحته وما ليس كذلك فهو غير صحيح، وغير الصحيح عندهم إما باطل وإما فاسد فيكون باطلاً لانعدام ركن من أركانه أو لانعدام محله أو لانتفاء معناه أو لعدم توافر شرط من شروط انعقاده، ويكون فاسدًا إذا توافرت أركانه ومحله وتحقق معناه وتوافرت شروط انعقاده، ولكنه مع ذلك لم يسلم مما كرهه الشارع فنهى عنه لأجل ذلك، ويعبرون عن ذلك بما سلمت أركانه دون أوصافه أو بما شرع بأصله دون وصفه كما يعبرون عن الباطل بأنه ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه.

ويقسمون الصحيح إلى موقوف ونافذ وذلك لأنه إذا صدر ممن له ولاية إصداره شرعًا فنافذ وإن صدر ممن ليس له ولاية إصداره فموقوف، ويريدون بالنافذ

ما ترتب عليه آثاره الشرعية وبالموقوف ما لم يترتب عليه أثر ظاهر من آثاره التي رتبها الشارع عليه - ويقسمون النافذ إلى لازم وغير لازم وهو المعبر عنه عند غير الحنفية بالعقد الجائز، ويريدون باللازم ما لا يجوز لأحد طرفيه أن يستقل بفسخه وذلك كالبيع والإجارة ويريدون بغير اللازم ما جاز لأحد طرفيه أو لأي طرف منهما أن يستقل بفسخه، وعلى ذلك فهو نوعان ما ليس لازمًا بالنسبة إلى طرفيه جميعًا كالوكالة والعارية وما كان لازمًا بالنسبة إلى طرف دون آخر كالرهن فإنه لازم بالنسبة إلى الراهن وغير لازم بالنسبة إلى المرتهن، وكالكفالة بالدين فإنها لازمة بالنسبة إلى الكفيل وغير لازمة بالنسبة إلى المكفول له وهو الدائن. وعلى ذلك فالعقد الموقوف والعقد غير اللازم من أقسام العقد الصحيح.

أما غير الحنفية كالشافعية والمالكية والحنابلة فيقسمون العقد إلى صحيح وغير صحيح ويسمون غير الصحيح بالفاسد أو بالباطل، فلا يفرقون بين الفساد والبطلان في المعنى فهما عندهم كلمتان مترادفتان معناهما واحد إلا في مواضع قليلة عند الشافعية لا يتسع المقام لبيانها - ويعنون بالصحيح ما استكمل جميع أركانه وشروطه على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه، وبالباطل أو الفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه أثره لسبب من الأسباب سواء أكان ذلك السبب راجعًا إلى أركانه أم إلى أوصافه، وإذن فهو ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية، وهذا التعريف مطرد عند الشافعية وعند الحنابلة على إحدى روايتين وهي الرواية التي تقضي بعدم إقرار العقد إذا صدر ممن ليست له ولاية إصداره كبيع الصبي المميز وهبته وبيع الفضولي والسفيه فهي عندهم على هذه الرواية وكذلك عند الشافعية عقود باطلة أو فاسدة لاتصح بإجازة تتلوها. أما عند المالكية فلا يطرد لأنهم يقرون عقد الفضولي في المعاوضات لا في التبرعات ويجعلونه متوقفًا على إجازة ذي الشأن فإذا أجازه نفذ وترتبت عليه آثاره وإن لم يجزه بطل، وعلى ذلك فعقد الفضول في المعاوضات عندهم ليس باطلاً ولكنه عقد صالح لأن تترتب عليه آثاره بالإجازة، أما في التبرعات فباطل لا تصححه إجازة.

والصحيح عندهم إما لازم وإما جائز أو غير لازم، وغير اللازم. إما لازم بالنسبة إلى طرفيه جميعًا وإما لازم بالنسبة إلى أحد طرفيه دون طرفه الآخر على ما مر في اصطلاح الحنفية، وعلى ذلك فالعقد الموقوف الذي لا تترتب عليه آثاره عقد باطل عندهم لا تصححه إجازة من أحد - ذلك ما ذهب إليه فقهاء الشريعة من اصطلاح في ذلك ويراد بالعقد فيما سبق ما يعم التصرف الانفرادي.

في القانون:

أما فقهاء التشريع الوضعي فيرون أن العقد إما صحيح وإما باطل وإما قابل للإبطال، قد يعبرون عن الباطل بقسميه بأنه إما باطل بطلانًا أصليًا وإما باطل بطلانًا نسبيًا أي بالنسبة إلى أحد طرفيه. فهو باطل بطلانًا أصليًا إذا انعدم ركن من أركانه أو فقد شرطًا من شروطه ما عدا حالة اختلال ركن الرضا بفقد شرط من شروط صحته. وهو باطل بطلانًا نسبيًا، أي قابل للإبطال إذا لم يتوافر لركن الرضا أسباب صحته، وهو صحيح إذا توافرت أركانه وشروطه جميعًا، فإذا انعدم الرضا وذلك بفقد التمييز مثلاً بأن كان العاقد مجنونًا أو صبيًا غير مميز، أو لم يوافق القبول الإيجاب أو كان محل العقد مستحيلاً أو انعدم السبب أو كان غير مشروع كان العقد باطلاً بطلانًا أصليًا.وإذا وجد أصل الرضا ولكنه على وضع أخل به بأن صدر من ناقص الأهلية لصغر سنه وللحجر عليه بسبب السفه مثلاً أو كان معيبًا بعيب من عيوبه وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال كان باطلاً بطلانًا نسبيًا أي بالنسبة إلى الصبي المميز أو السفيه أو من وقع الغلط في جانبه أو من دلس عليه أو من أكره أو استغل - ولكن إذا كان العاقد كامل الأهلية وكان رضاه غير معيب وتوافرت في العقد جميع شروطه كان العقد صحيحًا. وعلى ذلك فالصحيح عندهم هو العقد الذي ترتبت عليه جميع آثاره، أما الباطل فالأصل فيه أنه غير منتج لآثاره وذلك هو الباطل بطلانًا أصليًا، وأما الباطل بطلانًا نسبيًا فهو عقد تترتب عليه جميع آثاره، وذلك أثر وجوده قبل الحكم بإبطاله فإذا حكم بإبطاله زالت جميع آثاره وحينئذ ينعدم بأثر رجعي منذ نشأته. وليس عندهم غير هذا في قسمة العقد وبيان أنواعه[1].

(١) راجع الدكتور عبد البر، مجلة القانون والاقتصاد (والعقد الموقوف).

ونتيجة ماتقدم من البيان أن العقد الموقوف بالمعنى الذي شرحناه وهو العقد الذي لا تترتب آثاره الشرعية عليه ولكنه ينفذ وتترتب عليه جميع آثاره بالإجازة لا يعرفه القانون ولا يعرفه الشافعية وإنما يعرفه الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية لهم ويؤسسون ذلك على عدم ولاية من باشره في إصداره كما تقدم ذلك.

أما حالات الوقف على الجملة ففيما يلي بيانها:

١- تصرف الصبي المميز فيما يتردد بين النفع والضرر في المعاوضات فتعد موقوفة على إجازة الأب أو الوصي.

٢- وتصرف المحجور عليه للسفه يعد كذلك موقوفًا على إجازة القيم.

٣- وبيع المرهون والمستأجر موقوف على إجازة المرتهن والمستأجر، فلو فسخت الإجارة أو انتهت مدتها أو فسخ الرهن أو رد لوفاء أو إبراء للدين نفذ التصرف وسلم المبيع للمشتري.

٤- وتصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك أو ذي الشأن فيه وذلك إذا لم يمكن نفاذه عليه كالبيع، أما إذا أمكن نفاذه عليه كالشراء فينفذ عليه ولا يتوقف[1].

٥- وبيع المريض عينا من أمواله لبعض ورثته ولو بمثل القيمة في مرض موته موقوف على إجازة سائر الورثة عند الإمام.

٦- وبيع الوارث التركة المدينة موقوف على إجازة الغرماء أو قضاء الدين أو سقوطه.

٧- وشراء المريض مرض الموت من وارثه موقوف عند الإمام على إجازة الورثة، وعندهما ينفذ إذا كان بقيمة المثل.

---

(١) إنما يتوقف تصرف الفضولي إذا لم يجد نفاذًا عليه فإن وجد نفاذًا عليه كشرائه دون أن يضيف العقد إلى من باشره له فإنه ينفذ عليه ابتداءً ثم يكون لمن باشره له بالإجازة، أما عند المالكية فهو موقوف مطلقًا ويرون أنه لازم بالنسبة إلى من باشره مع الفضولي.

ومرد حالات الوقف على الجملة في هذه الحالات هو انعدام ولاية المتصرف في تصرفه شرعًا وذلك إما لانعدام ملكه كما في تصرف الفضولي أو لنقص أهليته لعدم كمال عقله كما في تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر أو للحجر عليه محافظة على ماله كما في تصرف السفيه الدائر بين النفع والضرر أو لعدم تمام ولايته وذلك لتعلق حق الغير وليس له تسلط عليه كما في بيع المستأجر والمرهون وبيع المريض لوارثه وبيع الورثة التركة المدينة وقد يرد ذلك إلى انعدام ملكهم لها قبل وفاء الدين.

في هذه الأحوال تنفذ هذه التصرفات بإجازتها ممن له الحق في ذلك ممن ذكرناهم وتنشأ هذه الإجازة وتتم بإرادته المنفردة كما له كذلك قبل إجازتها أن يبطلها بإرادته المنفردة فلا يلحقها بعد ذلك إجازة، وهذا في غير العين المستأجرة والمرهونة إذ إن المستأجر والمرتهن لهما الإجازة فينفذ العقد وليس لهما إبطاله فلا يبطل بإبطالهما لنفاذ العقد بالنسبة لطرفيه وإنما توقف بالنسبة لهما فقط مراعاة لحقهما فإذا أبطلا العقد لم يبطل إذ النفاذ لا يزال ممكنًا بانتهاء الإجارة أو بانفكاك الرهن وذلك بوفاء الدين أو بسقوطه.

غير أن للمرتهن أن يطلب الفسخ من القاضي ولا يملك الفسخ بنفسه كما قدمنا إلا على رواية ضعيفة - أما المشتري للرهن فله حق الفسخ عن طريق القاضي إذا لم يكن يعلم بالرهن وقت العقد عند أبي يوسف، وذهب محمد إلى أن له ذلك سواء كان يعلم به وقت العقد أم لا وذلك هو الحكم أيضًا بالنسبة لمشتري العين المستأجرة غير أنه لا يحق له فسخ العقد بلا خلاف لأن حقه في المنفعة لا في العين وتصرف المالك إنما كان في العين بالبيع فلم يكن في محل حق المستأجر فلا يثبت له خيار الفسخ.

ويزاد على ما تقدم:

٨- بيع الشريك لغير شريكه ما يملك من مال مشترك بسبب الخلط أو الاختلاط إذ إنه في هذه الحال إنما يبيع ما يملك وما لا يملك فكان لذلك تصرفه موقوفًا على إجازة شريكه، ذلك لأنه لا يستطيع تسليم البيع إلا مخلوطًا بما يملكه شريكه لعدم التمييز بين الملكين.

٩- بيع أحد الوكيلين ما وكلا ببيعه بحضرة صاحبه فإنه لم يجعل له الرأي وحده في البيع وإنما جعل الرأي لهما جميعًا فتوقف العقد لذلك على إجازته حتى يكون له رأي فيه، أما إذا حدث البيع في غيبة صاحبه فإنه عندئذ يكون موقوفًا على إجازة المالك لا على إجازة صاحبه، إذ إن نفاذه في هذه الحال بإجازة الوكيل الآخر يجعله منسوبًا إليه وحده وهو لا يملك ذلك بخلاف حال الحضرة إذ يكون نسبة الإيجاب إليهما جميعًا.

١٠- العقد المشروط فيه الخيار يكون نفاذه عند من يرى وقفه وعدم نفاذه من الفقهاء على إجازة من شرط له الخيار وإمضائه فإن أمضاه نفذ وإلا بطل، أما من يجعله من الفقهاء نافذًا جائزًا فإن الذي يتوقف عندئذ هو لزومه لإنفاذه.

ويلاحظ في جميع الصور المتقدمة أن من يملك الإجازة بإرادته المنفردة يملك كذلك الفسخ بإرادته المنفردة ما عدا المستأجر عندما تباع العين المستأجرة فليس له حق الفسخ بلا خلاف كما قدمنا.

أما المرتهن فقد اختلفت فيه الرواية والأصح أن له حق طلب الفسخ من القاضي كما سبق.

ولما ذكرنا سابقًا من أن القانون لم يقر فكرة العقد الموقوف أو غير النافذ ولم يعتنقها فقد استبدل بها فكرة أخرى إذ رأى أن عقد الصبي المميز والمحجور عليه للسفه أو للغفلة عقد صحيح قابل للإبطال لمصلحة القاصر أو للمحجور عليه وتترتب عليه جميع آثاره متى كان صدره بعد تسجيل قرار الحجر، فإذا صدر حكم بإبطاله زالت جميع آثاره.

أما إذا صدر قبل تسجيله فلا يكون باطلاً ولا قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (م ١١٥ مدني).

ويكون إبطاله بناء على طلب صاحب المصلحة وهو القاصر أو المحجور عليه بعد بلوغه سن الرشد أو بعد رفع الحجر عنه أو بناء على طلب من له الولاية عليه،

ويزول حق التمسك بهذا البطلان إذا أجيز من القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو من المحجور عليه بعد رفع الحجر عنه أو ممن له الولاية عليه أو من المحكمة. وتتم إجازته من صاحب المصلحة بإرادته المنفردة وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي نشأ العقد فيه ويسقط الحق في إبطال هذا العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حال نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه عارض الأهلية - ويلاحظ أن إجازة هذا العقد مقتضاها إسقاط الحق في إبطال العقد إذ إن العقد قبلها عقد صحيح تترتب عليه جميع آثاره وإنما يلزم بهذه الإجازة.

أما بيع المرهون فهو بيع صحيح نافذ في القانون وتبقى العين مع نفاذه محملة بحق المرتهن فيحق له استيفاؤه من العين بعد انتقال ملكيتها إلى المشتري وهذا ما يسمى بحق التتبع.

وكذلك حكم بيع العين المستأجرة، فبيعها صحيح نافذ ويبقى مع ذلك حق المستأجر قائماً بالنسبة إلى مشتريها متى كان لعقد الإجازة تاريخ ثابت سابق على العقد الذي نقل الملكية، أما إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على هذا التصرف فإنه لا يكون نافذًا في حق المشتري.

وحكم بيع المريض بعض أعيان تركته لوارثه في مرض موته لم يخالف القانون فيه رأي قانون الوصية إذ جعل البيع نافذًا في حق الورثة إذا كانت المحاباة فيه يتسع لها ثلث التركة بما فيها المبيع وإلا لم يسر عقد البيع على بقية الورثة فيما يجاوز الثلث إلا إذا أجازوه أو دفع المشتري للورثة ما يفي بتكملة الثلثين لهم، وذلك خلاف ما ذهب إليه الأئمة الأربعة من توقف هذا العقد متى كان في الثمن محاباة للورثة، لأنها تعد وصية لوارث وكذلك الحكم في بيع الوارث لمورثه عينًا في مرض موته إذا باعه إياه بأكثر من قيمتها فإن الزيادة تغتفر إذا خرجت من ثلث الشركة وإلا توقف العقد على إجازته أو على التنازل عن هذه الزيادة (م ٤٧٧ مدني).

أما بيع الوارث عينًا من التركة المدينة فإنما يكون له ذلك إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقًا لأحكام القانون المدني وعندئذ فإن بيعه يكون صحيحًا بالنسبة لطرفيه

ولكن ذلك لا يمنع أصحاب الديون من أن ينفذوا بحقوقهم على أعيان التركة التي حصل فيها التصرف وفقًا لأحكام القانون المدني.

أما تصرف الفضولي فإنه يقابله في القانون المدني التصرف في ملك الغير وقد نظم القانون المدني أحكامه في المواد ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨ فنص في المادة ٤٦٦ على أن للمشتري أن يطلب إبطاله وذلك ما ينفي أنه باطل بطلانًا أصليًا لأن الباطل لا يحتاج إلى طلب في تقرير بطلانه. كما نص على أن هذا العقد لا يسري في حق المالك، ولو أجاز المشتري العقد أي ولو تنازل المشتري عن حق المطالبة بإبطاله. ونص في المادة ٤٦٧ مدني على أن المالك إذا أقر البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحًا في حق المشتري. والمفهوم أن محل ذلك إذا أقر المالك العقد قبل قيام المشتري بطلب إبطاله. وكذلك نص على أن العقد ينقلب صحيحًا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. وجميع هذه الأحكام تتفق مع أحكام عقد البيع الموقوف غير أن الواضح من المواد أن البائع لا يملك إبطال هذا العقد وأن هذا العقد، يستتبع بقية أحكامه من إلزام المشتري بدفع الثمن إذا لم يتمسك ببطلانه وغير ذلك من التزامات ما عدا نقل الملكية، وهذا ما يخالف الحكم في البيع الموقوف.

وقد اختلف رأي رجال القانون في اعتبار هذا العقد عقدا موقوفًا أم باطلاً بطلانًا نسبيًا لمصلحة المشتري أم باطلاً بطلانًا أصليًا وذلك لا يعنينا في موضوعنا هذا إنما يعنينا أن هذا العقد في الفقهين إذا ما أجازه مالك المبيع أو مالك محل العقد أي أقره بإرادته المنفردة فإنه يصير بذلك عقدًا صحيحًا تترتب عليه جميع أحكامه.

أما البيع بشرط الخيار فلم يقره القانون ولم يأخذ به - وانفراد أحد الوكيلين ببيع ما وكلا ببيعه جميعًا يعتبره القانون خروجًا عن حدود الوكالة فيطبق عليه ما يناسبه من الأحكام.

وتصرف الشريك في حصته من المخلوط بسبب الخلط والاختلاط يعتبر قانونًا كتصرفه في حصته الشائعة مع حصص غيره في ملك مشترك فلا يتوقف على إذن شركائه وذلك لأن الخليط يعتبر ملكًا على الشيوع في نظر القانون ويأخذ أحكامه بسبب تعذر التمييز بين الأجزاء.

(٥) الإسقاط

الأعيان لا تقبل الإسقاط لأن الإسقاط إزالة وإنهاء وإفناء يزول به محله ويتلاشى ولا تزول الأعيان ولا تتلاشى بقول يصدر من مالكها. ولذلك لا يتعلق الإسقاط بالأعيان وإنما يتعلق بالحقوق وإن كان محلها الأعيان كما سيتضح ذلك.

وبناء على ذلك فإسقاط الحق يراد به إنهاؤه بزواله وتلاشيه لا بنقله من مالك إلى آخر، إذ إن هذا يعد تمليكًا للحق لا إسقاطًا له، فالشفيع إذا أسقط حقه في الأخذ بالشفعة بقوله تركت هذا الحق أو أسقطته مثلاً ينتهي حقه في الشفعة ويتلاشى بهذا القول الصادر بإرادته المنفردة فلا يملك بعد ذلك أن يطالب بالشفعة بناء عليه ولم ينتقل به هذا الحق إلى غيره، وعلى ذلك كان هذا إسقاطًا لحق الشفعة. والمستأجر إذا أجر العين المستأجرة لغيره فانتهى بذلك حق انتفاعه بها في مدة الإجارة لا يعد مسقطًا لحقه وإنما يعد مملكًا له وذلك بنقله إلى من استأجر منه العين وإن ترتب على ذلك زوال حقه. وقول إنسان لآخر: ليس لي حق قبلك لا يعد إسقاطًا إذ إنه إخبار عن حالة واقعة هي انتفاء الحق وعدم وجوده لا إنهاء لحق كان موجودًا.

ومن هذا يتبين أن الإعتاق إسقاط لأنه عبارة عن إنهاء ملك الرقيق لا إلى مالك آخر. وإن الطلاق المجرد عن العوض إسقاط لأنه عبارة عن إنهاء ملك المتعة، بخلاف الطلاق على مال فإنه معاوضة وليس يضير أن كلا من الرقيق والزوجة قد استرد حقه في تملك ما كان مملوكًا عليه من أمر نفسه لأن هذه الملكية ليست من نوع الملكية الساقطة المتلاشية ولا خلفًا عنها وإنما هي ضرب من الإطلاق أعقب تقييدًا كان لحق السيد أو الزوج، ولذا صح كل منهما بالإرادة المنفردة فيسقط بها حق كل من السيد والزوج وهو الملكية.

وقد ذكرنا فيما مضي أن الحق مصلحة مستحقة شرعًا مختصة بصاحبها وأن له بمقتضى هذا الاختصاص أن يطالب بها وأن يطلب منع تعرض غيره له فيها. وهذا الاختصاص ليس إلا ضربًا من الملكية إذ الملك كما عرفه بعض الفقهاء هو الاختصاص الحاجز وهو يتعلق بالأعيان ويتعلق بالمنافع ويتعلق بالمصالح على وجه عام فيعد كل ذلك

 

مملوكًا لمالكه المختص به - وهذا الاختصاص نفسه لا يعدو أن يكون كذلك مصلحة لصاحبه يتناولها اسم الحق ويطلق عليها، كما أنه يطلق لغة على نفس المملوك من عين أو منفعة. وإذا لاحظنا ما تقدم من أن سقوط الحق يتمثل في إنهائه وتلاشيه نهائيًّا تبينا أنه بهذا المعنى يتعلق بالحق بمعنى الملك والاختصاص فيزول به ملك الإنسان واختصاصه نهائيًّا فلا يكون له ملك ولا اختصاص بما كان يملكه قبل إسقاط هذه الملكية فلا يكون له حق المطالبة به ولا حق الدفاع عنه كما تتبين أنه لا يتعلق بالشيء الساقط المتلاشي فعلاً لأن إسقاط الساقط محال أو كما يقال تحصيل الحاصل محال، وعلى هذا قال الفقهاء أن الإسقاط لا يتعلق إلا بالحقوق القائمة الموجودة التي تقبل الزوال والإنهاء، ونتيجة لذلك قرر الفقهاء أن الحقوق لا تقبل الإسقاط قبل وجودها، وأن إسقاطها قبل وجودها إسقاط باطل لا أثر له، حتى إذا وجدت بعده لم يتعلق بها هذا الإسقاط. ولهذا قرروا أن الشفيع إذا أسقط حقه في الشفعة قبل تمام البيع الذي يترتب عليه هذا الحق كان إسقاطًا باطلاً وله الحق في طلب الشفعة - إذاما تم البيع - على الرغم من إسقاطه لهذا الحق قبل البيع، ومثل ذلك في الحكم الإبراء من الدين قبل وجوده فإذا وجد بعد الإبراء - بوجود سببه لم يتعلق به ذلك الإبراء - أما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من صحة إسقاط الشفيع لشفعته قبل تمام البيع وأن ذلك يمنعه من المطالبة بالشفعة بعد تمام البيع فقد لوحظ فيه أن هذا الحق حق أعطاه الشارع للشريك مثلاً يستعمله عند إقدام شريكه على بيع حصته فهو حق موجود بوجود سببه وهو الشركة وإنما شرط ذلك بحصول البيع فعلاً فكان لهذا تنازلا عن حق موجود بوجود سببه وإن لم تتوافر شرائطه، وقد يكون مرد ذلك إلى وجوب الوفاء بالوعد أو العهد وأن يكون الإنسان عند قوله لا يخالف عنه.

صيغة الإسقاط، وحكمه، وما يتعلق به:

ويتم الإسقاط بصدور كل ما يدل عليه دلالة واضحة من قول أو ما يقوم مقامه دون توقف على قبول من آخر فيتم بإرادة المسقط المنفردة وذلك مثل أسقطت حقي أو تنازلت عنه أو أبرأت منه أو تركته أو أبطلته وما إلى ذلك من العبارات الدالة على معنى الإسقاط - ومن ذلك قول صاحب الحق لمن عليه الحق برئت من حقي

وقول المدعي للمدعى عليه برئت من دعواي وقول المكفول له للكفيل برئت من كفالتك.

ومن صيغ الإسقاط أيضًا قول الدائن لمدينه وهبت لك ديني قبلك، لأن هبة الدين للمدين به تحمل معنى تمليكه إياه وإذا ملكه سقط وبرئت منه ذمته، ولذا كان حكمها حكم الإبراء فتتم من غير قبول المدين خلافًا لبعض المالكية، إذا يشترطون في نفاذ الإبراء القبول لما فيها من معنى التمليك ولا يجوز الرجوع فيها وترتد بالرد كما يرتد به إبراء المدين من الدين عند الحنفية وهو قول عند المالكية والشافعية وذهب الحنابلة إلى أنه لا يرتد بالرد وهو أصح القولين عند الشافعية[1].

حكم الإسقاط:

والإسقاط قد يكون إسقاطًا محضًا وقد يحمل معنى التمليك فيعد إسقاطًا محضًا إذا ترتب عليه زوال الحق الذي تعلق به الإسقاط وتلاشيه نهائيًا وعدم ثبوته لغير صاحبه الذي أسقطه وذلك كما في إسقاط حق الشفعة من الشفيع وإسقاط حق الخيار سواء كان خيار شرط أم خيار رؤية أم عيب أم خيارًا آخر وكذا إجازة العقد الموقوف لأنها إسقاط لحق فسخه وكذلك فسخه لأنه إسقاط لحق إجازته، والإبراء من الكفالة، والإبراء من الحوالة.

ويحمل الإبراء معنى التمليك إذا ترتب عليه ثبوت الحق لمن تحملت ذمته به كما في الإبراء من الدين إذ يتضمن تمليك الدين للمدين وكهبة الدين للمدين.

فإذا كان إسقاطًا محضًا لم يتوقف على القبول اتفاقًا وترتب عليه أثره وهو تلاشي الحق وزواله بمجرد صدور العبارة بإرادة صاحبها المنفردة، فإذا قال الدائن للكفيل أبرأتك من الكفالة سقط حق مطالبته بالدين ولم يكن له إلا مطالبة المدين الأصلي وكذلك يسقط دينه إذا أبرأ المحال عليه من الحوالة وكذلك إذا أسقط الشفيع شفعته سقط حقه، وفي هذه الحال لا يرتد الإسقاط بالرد فإذا رد الكفيل أو المحال

(١) راجع كشاف القناع، ج٢، ص٤٧٨.

 

عليه لم يبطل الإبراء وكذلك لا يصح الرجوع فيه اتفاقًا لأن أثره السقوط والساقط لا يعود.

أما عدم قبول الرد في الحوالة فلما يراه الحنفية من أن إبراء المحال إنما يعد تنازلاً منه عن الحوالة ومطالبة المحال عليه بالدين بناء عليها، فكان لذلك إسقاطًا محضًا ولا يعد تمليكًا لما كان له من دين قبل المحيل لأن تمليك الدين لغير المدين به غير جائز عندهم.وكذلك الحال في الإبراء من الكفالة ليس إلا إبراء من المطالبة لأن الكفيل غير مدين.

وإذا كان فيه معنى التمليك لم يتوقف أيضًا على القبول مراعاة لمعنى الإسقاط فيه، وخالف في ذلك بعض الفقهاء، فمن المالكية من يرى أن الإبراء من الدين يتوقف على قبول المدين وهو مذهب زفر وقد كان ذلك هو الحكم في القانون المدني القديم.

وكذلك اختلف الفقهاء في هبة الدين للمدين فمنهم من ذهب إلى أنها لا تتوقف على القبول وهو مذهب الجمهور. ومنهم من ذهب إلى توقفها على القبول، ويرى الحنفية أن هذا النوع من الإسقاط يرتد بالرد مراعاة لما فيه معنى التمليك، وهو قول عند الملكية والشافعية، ويرى الحنابلة أنه لا يرتد بالرد وهو أصح القولين عند الشافعية[1].

وقد اختلف الحنفية في الرد هل يتقيد بالمجلس؟ - ذهب بعضهم إلى أنه لا يصح إلا في مجلس الإسقاط، وذهب آخرون إلى أنه يصح في المجلس وبعده، وصحح القول الأول في الصيرفية، وعلى أية حال فهذا النوع لا يقبل فيه الرجوع من المسقط بل يلزم بمجرد صدور العبارة فيه.

وفي الأشباه أن الإبراء يرتد بالرد إلا في مسائل:

١- إذا أبرأ المحال المحال عليه فرد إبراءه لم يرتد وقيل يرتد كما في تكملة ابن عابدين.

(١) كشاف، ج٢، ص٤٧٨؛ روض، ج٣، ص٢٠٩.

٢- إذا قال المدين لدائنه أبرئني فأبرأه فرد الإبراء لا يرتد. ويقتضي ذلك أن الإبراء بعد قبوله لا يرتد بالرد عند الحنفية.

٣- إذا أبرأ الدائن الكفيل فرده لم يرتد وقيل يرتد.

٤- لو قبل المدين الإبراء ثم رده لم يرتد.

وخلاصة ما سبق أن الإسقاطات المحضة لا ترتد بالرد، وإنما يرتد بالرد ما كان من الإسقاط متضمنًا لمعنى التمليك، أي ما كان له شبهان: شبه بالإسقاط، وشبه بالتمليك. وفي ذلك خلاف الحنابلة كما تقدم.

ويشترط لصحة الرد فيما يرتد بالرد ألا يكون بعد القبول ممن وجه إليه الإبراء ومثله ما كان في معناه كطلب الإبراء من المدين، أما صدوره في مجلس الإبراء فهو محل خلاف.

ما يتعلق به الإسقاط من الحقوق:

والإسقاط كما يكون في الحقوق الشخصية كالديون والشفعة وحق الخيار وما إلى ذلك يكون كذلك في الحقوق العينية، كالملكية على خلاف في ذلك بين فقهاء الشريعة، وحق الرهن، وحقوق الارتفاق، وحق الحبس، وحق الامتياز. فهذه كلها حقوق تقبل الإسقاط ويتم فيها بالإرادة المنفردة وكذلك يعد من الإسقاط إذن الولي للصبي بالتجارة، وإذن القيم للمعتوه المميز بها إذا كانا يعقلان البيع والشراء ويميزان الغبن اليسير من الفاحش لأنه إسقاط الحق في منعهما من هذا التصرف، إلا أنه غير لازم فيصح الرجوع فيه، وعلى الجملة فمن الحقوق ما يقبل الإسقاط ومنها ما لا يقبله، وقبوله هو الأصل فيها، كما ذهب إلى ذلك الحنابلة إذ صرحوا بأن الأصل في الحقوق على العموم قبولها للإسقاط للمعاوضة إلا ما استثنى، وذلك ما يفهم من كلام المالكية أيضًا.

وعلى الجملة فالحقوق التي تقبل الإسقاط، هي الحقوق التي لا تحمل في طيها معنى التكليف، ولم يتعلق بها حق لغير صاحب الحق، وليست حقًا ذاتيًا يثبت لصاحبه

باعتبار ذاته وشخصه، ولم يكن في سقوطه تغيير للشرع. أما ما كان من هذا القبيل فلا يقبل الإسقاط، وذلك كحق الرجوع في الهبة، فإن في سقوطه بالإسقاط تغييرًا للشرع، إذ الهبة إنما شرعت مستتبعة حق الرجوع فيها عند الحنفية، وحق الميراث لأنه سبب عن الوفاة بنص الشارع فلا ينفك عنه، وحق السكنى في بيت العدة لأن فيه تكليفًا على المعتدة لأنه حق لله عليها وحق للمطلق أيضًا، وحق الحضانة لأنه حق للصغير كما هو حق للحاضنة ففيه معنى التكليف بالنسبة للحاضنة، وحق الولاية على الصغير وعلى ماله، لأن الولاية على الولد الصغير حق ذاتي يثبت للأب لذاته بناء على الولادة، وحق الولاية على المال يتعلق به أيضًا حق الصغير ففيه معنى التكليف، وكعزل الوكيل الذي تعلق بوكالة حق الغير كالوكيل في بيع الرهن.

والأصل عند الحنابلة أن الحقوق جميعها تقبل الإسقاط والمعاوضة عليها لا ما استثنى من ذلك وذلك ما يقرب مما ذهب إليه المالكية.

وفي جامع الفصولين أن الملك لا يبطل بالترك - والمراد بالملك ملك الأعيان لا كل ملك - فلا يشمل ملك المنافع كملك منفعة العين الموصى بها.

ومن الحنفية من ذهب إلى أن المالك إذا ترك ما يملكه من عين راغبًا عنه ليتملكه من شاء زال ملكه عنه وأصبح ما يتملكه بالاستيلاء من يستولي عليه غير أنه إذا صحب هذا الترك ما يفيد تمليك آخذه من قول أو ما يقوم مقامه كان ذلك من قبيل التمليك ولا ينتهي الملك فيه إلا بأخذ غيره وتملكه بذلك لا بالاستيلاء. وذلك أحد قولين عند الحنفية.

والقول الآخر أن حق الملكية لا يسقط مطلقًا بالترك لأن رفع اليد عن المملوك لم يجعل سببًا لإنهاء الملك وذلك أصح القولين عند الشافعي وأحمد.

وعلى أية حال فمسألة زوال ملك العين بتركها والتنازل عنها محل خلاف بين فقهاء الشريعة. منهم من أجاز ذلك، ومنهم لم يجزه - قال ابن نجيم الحنفي: أن الملك لا يبطل بالترك، والحق يبطل به - والمقابلة بين الملك والحق في هذه العبارة تدل على

أن المراد بالملك الشيء المملوك لا حق الملكية الذي هو حق الاختصاص الحاجز. وبناء على هذه الفهم يمكن أن يقال أن ابن نجيم يرى أن حق الملكية مما يتعلق به الإسقاط كسائر الحقوق.

أما في الفقه الوضعي فمجال إسقاط الحقوق أوسع منه في الشريعة الإسلامية، غير أنه لا يعني إلا الحق المالي، وهو في نظره يعد من الأموال، وعلى ذلك فهو يقبل الإسقاط والتنازل سواء أكان حقًّا عينيًّا أم حقًّا شخصيًّا فما ذكرناه من الحقوق التي لا تقبل الإسقاط في الفقه الإسلامي مثل حق الأجل وحق الرجوع في الهبة أو حق الموصي في رجوعه عن وصيته حقوق تقبل الإسقاط في نظر الفقه الوضعي.

أما ما تضمن تكليفًا أو تعلق به حق الغير فلا يقبل الإسقاط لأن الإنسان لا يملك إسقاط تكليف عنه ولا إسقاط حق غيره.

ويلاحظ أن من الحقوق العينية حق الملكية المتعلق بالعقار وإسقاطه محل للنظر، فهل يقر القانون التنازل عنه ليصير به عقارًا مباحًا لا مالك له؟ نص في المادة ٤٧٨ مدني. أن الأرض غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكًا للدولة ولا يجوز لأحد تملكها أو وضع يده عليها إلا بترخيص من الدولة وفقًا للوائح.ومع ذلك إذا زرعها مصري أو بنى عليها تملكها ولو كان ذلك بغير ترخيص من الدولة ويفقد ملكيتها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتمليك، وظاهر هذا التنظيم وهذا الوضع أن ملكية العقار لا يجوز التنازل عنها بالإرادة المنفردة وأنها تبقى لصاحبها في غير الحال المنصوص عليها.

أما حق الملكية المتعلق بالمنقول فيجوز إسقاطه والتخلي عنه بناء على المادة ٨٧١ مدني وإذا كانت طبيعة هذا الحق في المنقول والعقار واحدة فإن التفرقة بينهما لا يكون لها أساس إلا إذا ردت إلى أسباب اجتماعية أو اقتصادية ترجع إلى النظام العام للدولة.

(٦) الإباحة

التصرف بالإباحة:

الإباحة لغة إطلاق بعد حظر، ويراد بها عند الفقهاء في بعض إطلاقاتها تسليط أو إذن يصدر من الإنسان فيما يملك بالانتفاع أو بالتملك كالإذن يصدر من إنسان لغيره بالمبيت في منزله أو بركوب سيارته أو بالقراءة في كتابه، وهذا منه تسليط على الانتفاع وكدعوة الضيف إلى وليمة أو تناول طعام أو نثر نقود في حفل أو عرس وهذا تسليط على التملك،و يتم تملك النقود بحيازتها وذلك بتناولها أو بوقوعها في حجر أحد الحاضرين وتملك الطعام بتناوله كذلك عند بعض الفقهاء وبازدراده عند بعضهم، وسواء أن يصدر الإذن من مالك العين أو مالك منفعتها كالمستأجر والمعير والموقوف عليه[1] والموصى له. إذا ما كان لمالك المنفعة أن يملكها غيره فإن لم يكن له

(١) إذا نص في عقد الإجارة أو الإعارة أو الوقف أو الوصية على أن للمستأجر أو للمستعير أو للموقوف عليه أو للموصى له أن ينتفع بنفسه وأن يملك المنفعة لغيره أو أن يأذن فيها لغيره كان له ذلك وكان له أن يأذن غيره بالانتفاع.

أما إذا لم ينص على ذلك بالنسبة للمستأجر والمستعير إذا كانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفع كحمل شيء على سيارة فإنه يجوز له عندئذ إباحتها لغيره سواء أكان المنتفع قد عين في عقد الإجارة أو الإعارة أم لم يعين ما دام لم ينص على قصر الانتفاع على المستأجر أو المستعير، وإنما لم يفد التعيين تقييدًا لأن الانتفاع لا يختلف باختلاف المنتفع فكان العاقد وغيره سواء ولم يكن للتعيين غرض صحيح، وكذلك الحكم إذا شرط على المستأجر ألا ينتفع بها سواه إذ يبطل الشرط حينئذ عند الحنفية خلافًا للمالكية ذلك لأنه مالك للمنفعة، ومقتضى ذلك جواز التصرف فكان شرطًا مخالفًا لمقتضى العقد وليس من ورائه غرض صحيح وإن كانت تختلف باختلاف المنتفع وعين المنتفع فإنه لا يجوز عندئذ إباحتها للغير فإذا استعار شخص عينًا لانتفاعه وكانت منفعتها تختلف باختلاف الناس لم يجز له أن يأذن غيره في الانتفاع بها وكذلك حكم المستأجر وإن لم يعين المنتفع في العقد تقيد الانتفاع بأول منتفع بها واقتصر عليه فلا تعطى العين لغيره، فإن المنتفع العاقد بها لم يكن له أن يأذن غيره في الانتفاع وإن أذن غيره في الانتفاع بها لم يكن له أن ينتفع العاقد بها لم يكن له أن ينتفع بها وخالف في ذلك شمس الأئمة السرخسي فذهب إلى أن الانتفاع لا يتقيد بأحد في هذه الحال "راجع الدر المختار ورد المحتار، ج٥، ص٢٤؛ والفتاوى الهندية، ج٤، ص٤٧٢؛ ومجمع الأنهر، ج٢، ص٣٤٨؛ وتكملة رد المحتار، ج٢، ص٢٧٧".

ومقتضى ما سبق أن المعير إذا شرط على المستعير ألا ينتفع سواه وكانت المنفعة لا تختلف باختلاف المنتفع كان له أن يأذن غيره بالانتفاع وكان الشرط باطلا ولكن ذلك محل نظر، فلماذا لا يكون هذا الشرط دليلاً على أن المراد بالعارية إباحة الانتفاع بها فقط فتقيد بذلك، وهذا ما ذهب إليه المالكية.

أما إذا لم ينص على التعميم بالنسبة للموصى له والموقوف عليه فإما أن يشترط في العقد ألا ينتفع بالعين سوى الموقوف عليه أو الموصى له وفي هذه الحال يتقيد الانتفاع بذلك لأنه هو المعطى لا =

ذلك بأن كان له أن ينتفع بنفسه فقط فليس له أن يأذن غيره فإن أذن كان يا متعد ولم يترتب على إذنه حق لغيره.

وقد يكون الانتفاع المأذون فيه الاستعمالات كما في ركوب السيارة والقراءة في الكتب والنزول في المضيفة كما يكون استهلاكًا لأنه الطريق إلى الانتفاع كما في الدعوة إلى الطعام وفي الأذن بشرب الماء من حرزه وفي هذه الحال يستهلكه المأذون له على ملك الآذن لا على ملكه وإنما لا يضمن بسبب أنه قد سلط على ذلك من المالك.

ويرى بعض الفقهاء أن ذلك من قبيل التسليط على التملك وأن المأذون له يتملكه قبل أن يستهلكه فيستهلكه وهو على ملكه. وعلى ذلك فالضيف يزدرد ما هو مملوك لغيره على الرأي الأول وعلى الرأي الثاني يتملكه بتناوله فإذا ازدرده ابتلعه وهو مملوك له.

وتتم الإباحة بالإرادة المنفردة اتفاقًا فلا تتوقف على قبول المباح له بل يترتب على مجرد الإيجاب أثرها؛ ولذا لا يشترط فيها أن يكون المباح له معينًا وقت الإذن بخلاف الهبة والصدقة لتوقف ظهور الأثر فيهما على القبول ولأن التمليك لا يكون لمجهول.

والإباحة كما تكون عامة كإباحة السقي من سبل الماء العامة وكإباحة المقابر لدفن الموتى قد تكون خاصة كما في دعوة الضيف لتناول الطعام أو للمبيت في المنزل.

= سواه وكان ذلك في حكم الإباحة. وإما ألا يشترط ذلك، وفي هذه الحال يجوز لكل منهما أن يأذن غيره في الانتفاع عند جمهور الفقهاء، وهو المذهب الذي أخذ به قانون الوقف وقانون الوصية م٣١، ق٤٨ لسنة ١٩٤٦، ومادة ٥٤، ق٧١ لسنة ١٩٤٦.

وذهب الحنفية إلى أنه إذا جعل الواقف أو الوصي للموقوف عليه أو للموصى له الاستغلال والاستعمال كان له أن يأذن غيره بالانتفاع لأنه إذا جاز له استغلال العين جاز له إباحة الانتفاع بها وهو مذهب الجمهور أيضًا وكذلك إذا جعل له الاستغلال فقط أما إذا جعل له الاستعمال فقط ولم يجعل له الاستغلال فمذهب الحنفية أنه لا يجوز له الاستغلال لأن الاستغلال أقوى من الاستعمال لأن الأول ملك يعوض وهو أقويمن الملك مجانًا ومن ملك الأضعف لا يملك الأقوى، ومقتضى هذا التعليل أنه يجوز في هذه الحال إباحة الانتفاع للغير إذ الملكان في قوة واحدة وهذا هو الظاهر.

 

أثر الإباحة:

ذكرنا أن الإباحة قد تكون إذنًا بالانتفاع على سبيل الاستعمال أو على سبيل الاستهلاك فإن كانت إذنًا بالاستعمال انتفاعًا أفادت ملك حق الانتفاع أو ملك المنفعة فهما شيء واحد عند بعض الفقهاء كالحنفية، وهما مختلفان عند بعضهم كالمالكية إذ يفرقون بينهما بأن ملك المنفعة يجعل لصاحبه حق التصرف فيها بتمليكها إلى غيره كالمستأجر يملك منفعة العين المستأجرة فيكون له أن يملكها غيره بإجارة العين له أو بإعارتها أو بوقف المنفعة عليه عندهم ومثل المؤخر المستعير فله الإجارة والإعارة عندهم ما لم يمنع المالك من ذلك فلا يكون لهما شيء من ذلك ولا فرق في المنع بين أن يكون صريحًا كما إذا شرط ذلك مالك العين وأن يكون أمرًا معروفًا جرى به العرف.

أما مالك حق الانتفاع فيقتصر أثره على انتفاع مالكه فقط دون أن يكون له حق تمليكه للغير فلا يعير ولا يؤجر وذلك كما في حال قصر الشارع الانتفاع فيها على ذات المنتفع كساكن بيوت المدارس والربط والجالس في الأسواق والمساجد فليس لهؤلاء الإجارة ولا الإعارة وإن كان لهم حق الإسقاط للغير كما ذهب إلى ذلك بعض المالكية كالبرزالي. ولعل أساسه أنه ليس من قبيل التملك بل هو مجرد إسقاط تلاه أن سبقت يد الغير إلى ذلك الحق فكان له، ولذا لا يكون إلا لمن هو أهل لذلك الحق - وعلى ذلك يكون أثر الإباحة عندهم هو ملك حق الانتفاع لا ملك المنفعة إذ ليس للمباح له إلا أن ينتفع بنفسه[1].

وإن كانت إذنًا بالانتفاع بطريق استهلاكها - وذلك حين لا ينتفع بها إلا بالاستهلاك - أفادت الحق في الانتفاع بها على هذا الوجه واقتصر ذلك على المباح له فمن دعي إلى وليمة ليس له إلا أن يطعم بنفسه فلا ينقل الطعام إلى أهله ولا إلى أهل وليمة أخرى إلا إذا كان ذلك مأذونًا فيه عرفًا، ولا أن ينيب عنه غيره، ولا أن يحتجز شيئًا منها بدلاً عن أكله. وقد ذكرنا آنفًا أن من الفقهاء من يرى أن المباح له في

(١) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٣، ص٤٣٤، ص٤٣٥.

هذه الحال إنما يستهلك ما أبيح له وهو على ملك مالكه، ومنهم من يرى أنه يملكه بالاستيلاء عليه عند استهلاكه نتيجة للتسليط المفيد لإسقاط الملك وتركه، وعندئذ يستهلكه وهو على ملكه والنتيجة - وحدة[1].

ومن أمثلة هذه الحال نثر الحلوى، وإباحة الماء المملوك المحرز بوضعه على قارعة الطريق في الأباريق والثلاجات وما يوضع من الحلوى والسجاير على المناضد في قاعات الاستقبال والحفلات والأعياد. فجميع ذلك مأذون بالانتفاع به ولا ينتفع به إلا باستهلاكه.

والقول الأول هو المتسق مع مقتضى الإباحة ومفهومها القاضي بأن المباح له ينتفع عند مباشرته للانتفاع بما هو مملوك للمبيح بناء على إذنه بذلك وإذن المالك إنما يفيد أثره في مملوك له لا فيما خرج عن ملكه. أما القول الثاني فمقتضاه أن المباح له إنما ينتفع بما ملكه بالاستيلاء عليه لا بملك غيره وعند ذلك لا يظهر أثر الإباحة في الانتفاع مباشرة وإنما يظهر أثره في انتهاء ملك المالك بإبداء رغبته وإرادته في ترك ملكه وإسقاطه عن العين التي رغب عنها وذلك يدل على إباحة العين وصيرورتها مالاً مباحًا للمباح أن يتملك له بالاستيلاء دون أن يدل على إباحة الانتفاع بالعين المملوكة للمباح، ونتيجة ذلك أن جواز الانتفاع وإباحته كان نتيجة مباشرة للتمليك لا للإذن.

وبناءً على ما ذكر يرى أن الإباحة لا تصلح طريقًا مباشرًا للتمليك أو بعبارة أخرى لا تصلح سببًا مباشرًا للملكية، إذ لو فرض ذلك لكان ذلك عبارة عن نقل الملكية من المبيح إلى المباح له وذلك لا يتم إلا بتوافق إرادتين: إرادة المملك وإرادة من تقبل الملك وذلك هو العقد، والإباحة ليست عقدًا، هذا هو الظاهر وليس يخالفه ما جاء في هذا الموضوع من فروع عند التأمل فيها.

وبهذا تم البحث والله الموفق للصواب.

---

(١) راجع رد المحتار، ج٣، ص٣٥٥.





محتويات الكتاب



بحث مقارن

محاضرات ألقاها الأستاذ

الشيخ علي الخفيف

[على طلبة قسم الدراسات القانونية]